

## LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE ALEVOSÍA Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial

Manuel José Arias Eibe \*

ARIAS EIBE, Manuel José. La circunstancia agravante de alevosía: estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-03, p. 03:1-03:36. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-03.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 07-03 (2005), 19 ene]

**RESUMEN:** El presente artículo, minuciosamente descriptivo de la evolución y del presente estado actual de la ciencia y la jurisprudencia acerca de la agravante genérica de alevosía, se ocupa de una institución jurídica que ha evolucionado desde su consideración dogmática como una modalidad del delito de traición a ser considerada actualmente un mero elemento accidental del delito. Se describe la evolución histórico-legislativa de la figura, sus elementos actuales, su carácter, su compatibilidad con los elementos esenciales del delito de carácter subjetivo, el ámbito de su operatividad en las figuras delictivas desde una perspectiva actual e histórica, el fundamento de la agravación, los

criterios de distinción entre la alevosía proditoria, la sorpresiva y la de prevalimiento; se aborda asimismo el análisis de los supuestos de concurrencia de alevosía inicial y la posibilidad de que opere la circunstancia de agravación en los supuestos de alevosía sobrevenida, su comunicabilidad a los partícipes en el delito, el error sobre la circunstancia y su compatibilidad con otras circunstancias agravantes y atenuantes de la responsabilidad criminal.

**PALABRAS CLAVES:** Alevosía, comunicabilidad, compatibilidad, error, atenuantes, agravantes, dolo, asesinato, abuso de superioridad, delitos contra las personas.

Fecha de recepción: 3 noviembre 2004

Fecha versión corregida: 15 enero 2005

Fecha de publicación: 19 enero 2005

**SUMARIO:** I.- Introducción, elementos y apreciación. II. Evolución del concepto legal de alevosía. III. Fundamento de la agravación. IV. Clases de alevosía. V. Alevosía inicial, alevosía sobrevenida y concursos de delitos. VI. Comunicabilidad de la circunstancia de alevosía. VII. Error sobre la circunstancia de alevosía. VIII. Compatibilidad de la circunstancia de alevosía. **BIBLIOGRAFÍA.**

\* Manuel José Arias Eibe es abogado, con diversos títulos avanzados de postgrado en Derecho Penal y Criminología. En la actualidad desarrolla sus investigaciones bajo la dirección del Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez en la Universidad de La Coruña.



## I. Introducción, elementos y apreciación

El Código penal de 1995, en su Libro Primero (Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal), Título Primero (De la infracción penal), Capítulo IV (De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal), artículo 22, 1, dispone que es circunstancia agravante: “Ejecutar el hecho con alevosía”<sup>1</sup>, precisando que: “Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”<sup>2</sup>.

Señala CEREZO que la apreciación de la alevosía exige que el sujeto haya elegido o utilizado los medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla y de evitar los riesgos procedentes de una posible defensa de la víctima sin que sea preciso que el sujeto “haya elegido determinados medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla e impedir la posible defensa de la víctima”, sino que “basta con que utilice los medios, modos o formas de ejecución con los fines mencionados”<sup>3</sup>. Ahora bien, para la apreciación de la indicada circunstancia es necesario que la seguridad en la ejecución y la indefensión de la víctima sean deliberadamente buscadas o aprovechadas por el agresor.

La alevosía presenta al mismo tiempo un elemento normativo, un elemento ejecutivo, dinámico o instrumental y un elemento tendencial también llamado culpabilístico por la jurisprudencia. Normativamente tal circunstancia se proyecta en relación a los delitos contra las personas, ejecutivamente se conforma a través de los medios, modos y formas a que se refiere en precepto, y tendencialmente, culpabilísticamente o teleológicamente tales medios, modos y formas han de tender directa y especialmente a asegurar la ejecución y eliminar el riesgo que pueda provenir de la defensa del ofendido<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> La expresión española de alevosía tiene el equivalente francés de “*perfidie*”, el italiano y portugués de “*perfidia*”, el inglés de “*perfidy*” y el alemán de “*treulosigkeit*”.

<sup>2</sup> El Código penal derogado disponía un concepto legal de alevosía muy similar al actual al señalar en su art. 10 que: “Son circunstancias agravantes: 1.ª Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido”.

<sup>3</sup> CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español, II*, p. 372. Para la apreciación de la alevosía no es necesario que el agente haya buscado y elegido de propósito *ex ante* los medios modos o formas de ejecución tendentes a asegurarla con eliminación del riesgo de reacción de la víctima, sino que basta con que el sujeto meramente aproveche tales medios, modos o formas de ejecución, que sin haberlos buscado, se le presentan, y los emplee o utilice encaminados para el aseguramiento del hecho sin peligro para su persona. Vid. STS de 2 de enero de 1931. Sin embargo, para ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, 2ª ed., p. 387 es discutible que pueda apreciarse tal circunstancia “cuando la situación no ha sido ni procurada ni esperada de propósito, sino aprovechada de improviso por el delincuente”.

<sup>4</sup> Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Derecho Penal. Parte General*, 1990, p. 374-375; MORA ALARCÓN, J.A.: *Suma de Derecho Penal. Parte General y Especial*, Ed. Edisofer, S.L., Madrid, 1996. p. 131. La STS de 26 de abril de 2002, entre otras muchas, señala que: “La alevosía requiere los siguientes elementos: a)

La circunstancia agravante de alevosía, también conocida por “arbitro de maldad”, se integra siempre por un elemento subjetivo<sup>5</sup>, toda vez que para su apreciación es precisa la simultánea coincidencia de la finalidad de asegurar la ejecución y la finalidad de evitar los riesgos que para la persona del agresor pudieran proceder de una eventual defensa del ofendido que potencialmente al menos debe admitirse como posible<sup>6</sup>, no obstante esto, el Tribunal Supremo en determinados casos viene admitiendo la posibilidad de una alevosía *objetivada*, como en el caso en que se cause la muerte o lesiones, aún sin interposición de medios alevosos, a un niño<sup>7</sup>, un anciano<sup>8</sup>, un ciego<sup>9</sup> o un inválido, lo que resulta criticable en la medida en que la letra de la ley exige que los medios, modos o formas, tiendan directa y especialmente a asegurar la ejecución, y por ello, si en el sujeto no concurre la doble finalidad señalada, en las circunstancias descritas, y habida cuenta de la concurrencia del aprovechamiento de una mera situación de hecho de inferioridad de la víctima, parece que sería preferible la apreciación de la circunstancia de abuso de superioridad antes que la de alevosía<sup>10</sup>. No existe

normativo que se cumple si acompaña a cualquiera de los delitos contra las personas; b) instrumental que puede afirmarse si la conducta del agente se enmarca en un actuar que asegure el resultado, sin riesgo para su persona, en algunas de las modalidades que se distinguen en el asesinato alevoso; y c) culpabilístico, consistente en el ánimo de conseguir la muerte sin ofrecer a la víctima posibilidad alguna de defensa”.

<sup>5</sup> En este sentido COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., p. 893. El elemento subjetivo de esta circunstancia es especialmente destacado por CAMARGO HERNANDEZ, C.: *La alevosía*, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, p. 33.

<sup>6</sup> Queremos decir con esto que para la concurrencia de la circunstancia agravante de alevosía debe exigirse que la víctima potencialmente pueda defenderse, pueda reaccionar potencialmente contra el ataque, ya que si la víctima está imposibilitada para defenderse no puede concurrir tal circunstancia al exigirse legalmente que los medios, modos o formas empleados por el agente, además de tender a asegurar la ejecución, se empleen con tendencia para eliminar el riesgo de reacción defensiva de la víctima. Los medios, modos o formas de ejecución, tienden a asegurarla y a evitar que se materialice una potencial defensa de la víctima, que lógicamente debe poder preexistir. En el mismo sentido RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho Penal Español. Parte General*, 9ª ed., p. 728.

<sup>7</sup> Vid. SSTs de 25 de junio de 1878, 21 de mayo de 1892, 14 de marzo de 1893, 7 de mayo de 1902, 28 de febrero de 1907, 1 de febrero de 1912, 28 de marzo de 1916, 5 de julio de 1943, 27 de octubre de 1948, 24 de marzo de 1960 o 16 de mayo de 1968, entre otras muchas.

<sup>8</sup> Vid. SSTs de 20 de febrero de 1872, 12 de julio de 1875, 8 de marzo de 1878, 14 de julio de 1893 o 26 de junio de 1918, entre otras muchas.

<sup>9</sup> Vid. SSTs de 4 de julio de 1884 o 17 de abril de 1914, entre otras.

<sup>10</sup> En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria: Vid. ALTES MARTI, M.A.: *La alevosía* ..., p. 124; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, 2ª ed., anotada y puesta al día por J.J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino, Ed. Akal, Madrid, 1986, p. 386; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I.-ARROYO ZAPATERO, L.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Praxis, Barcelona, 1999, p. 319; BUSTOS RAMÍREZ, J.J.-HORMAZABAL MALARÉE, H.: *Lecciones de Derecho Penal, Vol II*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 403; CAMARGO HERNANDEZ, C.: *La alevosía*, op. cit., p. 66; CEREZO MIR, J.: *Curso* ..., II, op. cit., p. 373; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., p. 894; CORDOBA RODA, J.: en CORDOBA RODA-RODRIGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal, tomo I*, Ed. Ariel, Barcelona, 1972, p. 546; en el mismo sentido GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 91-92; GOMEZ RIVERO, C.: “Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal” en *Revista Derecho y Proceso Penal*, Ed. Aranzadi, Año 2000, número 4, p. 42 ss. reconociendo la improcedencia de canalizar siempre y en todo caso estos supuestos a la circunstancia agravante de alevosía, sin embargo reconoce que en ocasiones tal circunstancia será la procedente, fundamentalmente, y al margen de otros, en aquellos casos en los que la identidad de la víctima sea algo aleatorio, a priori, en el plan del autor, de suerte que se acabe eligiendo, de entre varias alternativas, precisamente a la persona que presenta una especial minusvalía, incapacidad, condición física o edad que garantice la falta de resistencia; en estos casos, el modo de ejecución libremente elegido por el agente es, o debe ser, considerado alevoso; por el contrario, cuando el autor no puede elegir, de suerte que inexorablemente su plan delictivo

objeción dogmática alguna a la apreciación de la alevosía cuando la víctima ha sido adormecida por el sujeto activo o ha esperado a que ésta se adormezca naturalmente para aprovecharse de tal situación de indefensión<sup>11</sup>.

La circunstancia agravante de alevosía es una circunstancia de mera tendencia<sup>12</sup>, por lo que para su apreciación es preciso tan sólo que, desde una perspectiva *ex ante*, el logro de los fines de aseguramiento de la ejecución e impedimento de los riesgos procedentes de una posible defensa de la víctima aparezcan como algo no absolutamente improbable o como objetivamente idóneos para ello<sup>13</sup>, siendo irrelevante que el sujeto logre de manera efectiva asegurar la ejecución e impedir los riesgos procedentes de una posible defensa de la víctima<sup>14</sup>.

determina el ataque a un sujeto que presenta una especial minusvalía, incapacidad, condición física o edad, de manera que o ataca a dicho sujeto con sus circunstancias personales o debe abstenerse del ataque, en estos supuestos no puede hablarse de alevosía; LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ: *Derecho Penal Español. Parte General*, 5ª ed., p. 418 sostienen que si la indefensión se da de hecho no cabe apreciar la alevosía ya que ésta consiste, para éstos autores, en “buscar la indefensión de la víctima”; MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: *Derecho Penal. Parte General*, Dtor. ZUGALDIA ESPINAR, J.M.: (VVAA), p. 911; MARTIN GONZALEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, p. 245; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., p. 647 parece no admitir la apreciación en tales casos de la circunstancia agravante de abuso de superioridad al considerar que en tales casos la desigualdad entre los sujetos es inevit able, con lo que no puede concurrir un abuso de la desigualdad; MUÑOZ CONDE-GARCIA ARAN: *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., p. 558 y los mismos en *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 12ª ed., Valencia, 1999, p. 51, muestran su opinión favorable a apreciar en tales casos la agravación de abuso de superioridad y no de alevosía; PRATS CANUT, J.M.: en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Dtor. G. Quintero Olivares, Coord. J.M. Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 219; en el mismo sentido SERRANO GOMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1999, p. 37. En los Proyectos de Código penal de 1992 y 1994 se incluía en la definición de la alevosía el supuesto de ejecución del hecho sobre personas absolutamente indefensas. En efecto, el art. 21.1 del Proyecto de Código Penal de 1992, mantenía la definición tradicional de alevosía con el añadido de la mención: «o cuando el hecho se ejecutara sobre persona absolutamente indefensa», mención suprimida en el texto final del Código Penal de 1995. Este añadido no se contenía en el borrador de anteproyecto de 1990 pese a que fue propugnada su inclusión desde distintas instancias, como desde el «Informe de la Asociación de jueces y magistrados Francisco de Vitoria...II», en *Actualidad Penal*, núm. 17, 1991, pág. 244. Como hemos visto, la apreciación de la circunstancia agravante de alevosía exige la tendencia subjetiva consistente en la finalidad de asegurar la ejecución por medio de la evitación de los riesgos que pudieran derivar de la defensa del ofendido, y lo cierto es que cabe perfectamente la posibilidad de que no concurra dicha tendencia en un delito contra las personas cuando la víctima es una persona absolutamente indefensa, con lo que determinar la alevosía sin más, y de forma automática, cuando de un delito contra las personas se trate si la víctima es una persona absolutamente indefensa, supone instaurar una responsabilidad penal de carácter objetivo, manifestamente rechazable. Vid. DIEZ RIPOLLES, J.L.: “Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código penal de 1992”, *Diario La Ley*, 1993, pág. 899, Tomo 2. Favorable a la apreciación en tales estos casos de la agravante de alevosía Vid. JIMENEZ ASEÑO, E.: “El elemento psicológico de la alevosía” en *Anuario de Derecho Penal*, 1954, p. 460.

<sup>11</sup> En este sentido, y entre otros, DEL ROSAL BLASCO, B.: “La alevosía en el Código penal de 1995”, en *Delitos contra las personas*, Manuales de Formación Continua, 3, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 293; Vid. CAMARGO HERNANDEZ, C.: *La alevosía*, p. 68.

<sup>12</sup> ALONSO ALAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito*, p. 482 destaca que la doble finalidad de asegurar la ejecución y asegurar al ejecutor constituye el ánimo tendencial de la alevosía; este sentido ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, 2ª ed., p. 386; MARTÍN GONZALEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, p. 68 a 74 destacando su carácter tendencial; SEGRELLES DE ARENAZA, I.: “Art. 22.1” en *Comentarios al Código Penal, Tomo II*, Dtor. Cobo del Rosal, Ed. Edersa, Madrid, 1999, p. 865 y ss.; niega el carácter tendencial de esta circunstancia DEL ROSAL BLASCO, B.: “La alevosía en el Código penal de 1995”, en *Delitos contra las personas*, Manuales de Formación Continua, 3, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 293.

<sup>13</sup> En este sentido COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., p. 893.

<sup>14</sup> Para SEGRELLES DE ARENAZA, I.: “Art. 22.1” en *Comentarios al Código Penal, Tomo II*, Dtor. Cobo

Para que la circunstancia de alevosía pueda ser apreciada es preciso que el *modus operandi* del sujeto se caracterice por el empleo en la ejecución de medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurarla sin el riesgo de defensa que pudiera proceder del ofendido. En este sentido, de ordinario, no habrá lugar a apreciar tal circunstancia cuando concurra una previa agresión por parte del ofendido, ni una defensa activa por parte del mismo, del mismo modo que cuando el agente avisa al agredido de su propósito de ataque o éste tenía motivos sobrados para sospechar un ataque inminente; sin embargo, la mera concurrencia de una defensa pasiva, autoprotección o defensa dentro del marco del instinto de conservación por parte de la víctima no impedirá la apreciación de la alevosía. No obstante lo dicho, la alevosía no podrá excluirse simplemente porque la víctima haya tenido conocimiento de que existía una posibilidad de agresión por parte del autor ni tampoco cuando el agredido tenía alguna posibilidad de defensa ya que cuando el atacante utiliza un arma de fuego frente a una persona desarmada, tal posibilidad es meramente ilusoria<sup>15</sup>.

La alevosía solo admite su realización en régimen de comisión o actuación activa o positiva, debiendo rechazarse la posibilidad de que pueda determinar la conformación de la alevosía la omisión pura o propia o incluso la comisión por omisión<sup>16</sup>.

del Rosal, Ed. Edersa, Madrid, 1999, p. 889 y ss., la alevosía presenta una estructura de resultado cortado por lo que el que efectivamente se haya asegurado o no la ejecución es irrelevante, siendo lo importante el que se hayan empleado medios, modos o formas de ejecución que hayan tendido de forma especial y directa a asegurarla. Si el agente ataca armado a otro creyendo que está dormido e indefenso cuando en realidad se encuentra fingiendo estarlo y se encuentra preparado para repeler la agresión habrá alevosía, lo mismo que si el agresor cree a la víctima dormida completamente indefensa y el disparo no produce el resultado muerte por encontrarse el sujeto durmiendo con un chaleco antibalas, en ambos supuestos habrá alevosía; por el contrario, si el agente acomete a otro creyendo que el sujeto agredido se encuentra armado y dispuesto para la defensa, sin estarlo realmente no habrá alevosía. En el primero de los casos se justifica la apreciación de la circunstancia en el hecho de que desde una perspectiva *ex ante*, el agente empleó para la agresión medios, modos o formas de ejecución que tendieron directa o especialmente a asegurarla sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa de la víctima, al creerla dormida e indefensa, aún cuando en realidad no lo estuviera, mientras que en el segundo supuesto el sujeto, desde una perspectiva *ex ante*, no empleó para la agresión medios, modos o formas de ejecución que tendieron directa o especialmente a asegurarla sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa de la víctima, sino que creyó atacar a alguien que se encontraba en postura de defensa, haciéndole frente. Como se evidencia, resultará fundamental analizar en el caso concreto la tendencia del agente antes que el resultado mismo. La alevosía es una circunstancia que se deriva de los medios, modos o formas empleados en la comisión del hecho delictivo, independientemente del resultado alcanzado por los autores del hecho incriminado. Cfr. STS de 17 de abril de 1996. En este sentido, si cabe admitir la concurrencia de una forma imperfecta de ejecución del delito contra las personas de que se trate, no cabe admitir sin embargo la forma imperfecta de ejecución de la alevosía, de tal manera que o bien acompaña siempre al delito, sea cualquiera la fase de su vida a la que haya llegado (consumado, tentativa), o bien es inaplicable si el quehacer del agente no admite ese calificativo, por no haberse conducido del modo definido en el art. 22.1ª del Código penal. Como señala SEGRELLES DE ARENAZA, I.: “Art. 22.1” en *Comentarios al Código Penal, Tomo II*, Dtor. Cobo del Rosal, Ed. Edersa, Madrid, 1999, p. 893 a 895 no cabe la tentativa, ni acabada ni inacabada, de las circunstancias, y por consiguiente no cabe admitir dogmáticamente la tentativa de alevosía.

<sup>15</sup> Cfr. STS de 12 de julio de 1997, aunque es preciso advertir, como señaló el TS en su Sentencia de 5 de noviembre de 1980 que el uso de armas de fuego podrá entrañar abuso de superioridad instrumental por el medio, pero no siempre es alevoso.

<sup>16</sup> En este sentido se pronuncia la generalidad de la doctrina Vid. ALTES MARTI, M.A.: *La alevosía* ..., p. 123; COBO DEL ROSAL-DEL ROSAL BLASCO (VVAA): *Código penal Comentado*, Ed. Akal, Madrid, 1990, p. 756; DEL ROSAL-COBO DEL ROSAL-RODRIGUEZ MOURULLO: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 1962, p. 199; GRACIA MARTIN, L.: *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia, 1993, p. 133; SEGRELLES DE ARENAZA, I.: “Art. 22.1” en *Comentarios al Código Penal, Tomo II*, Dtor. Cobo del Rosal, Ed. Edersa, Madrid, 1999, p. 858 a 860.

Para la apreciación de esta circunstancia es precisa la concurrencia de un elemento subjetivo o intencional del agente<sup>17</sup>, de suerte que con su conducta busque o se aproveche de la indefensión de la víctima, representándose de esa forma la facilidad de su perpetración<sup>18</sup>. La prueba de la alevosía requiere el que deban tomarse en consideración todos los datos que hayan aparecido y se hayan manifestado alrededor del hecho criminal, tanto los externos que afirmen, de un lado, la manera de la agresión según las manifestaciones de los presentes, algunas veces también por medio de signos puramente objetivos, como los provenientes y correspondientes al pensamiento íntimo del agresor<sup>19</sup>.

Respecto a la compatibilidad de la circunstancia agravante de alevosía con el dolo eventual, es una cuestión polémica que no ha recibido tratamiento unánime ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. En principio parece que el carácter tendencial de la circunstancia exige que el sujeto tenga dolo directo respecto a la circunstancia misma, es decir, que el sujeto conozca que el modo de ejecución del hecho persigue a un tiempo asegurar su ejecución y eliminar riesgos para el agente<sup>20</sup>, pero no deben existir obstáculos en admitir la posibilidad dogmática de que pueda suceder que concurra aquel dolo directo respecto a la circunstancia y un dolo eventual respecto al resultado del delito de que se trate. Como es sabido, el dolo eventual presupone que el sujeto se represente un resultado dañoso, cuya producción es simplemente posible aunque no necesaria, y en cualquier caso no es directamente querida, aunque si aceptada conscientemente. Esta modalidad del dolo exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca, lo que implica que es exigible en el autor la consciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene; cabe sostener por tanto en sede dogmática, que en un determinado caso el sujeto actúe sin intención directa de cometer el resultado, aunque aceptando su producción, pero con la conciencia y voluntad completa de emplear en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Vid. PRATS CANUT, J.M.: en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Dtor. G. Quintero Olivares, Coord. J.M. Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 219.

<sup>18</sup> La esencia y núcleo de la alevosía, como circunstancia constitutiva del delito de asesinato --art. 139.1 CP 1995 o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas --art. 22.1 CP 1995--, radica en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada. En éste sentido se han pronunciado, entre otras, las SSTs de 12 de mayo de 1992, 24 de abril de 2000.

<sup>19</sup> Así se pronuncia la jurisprudencia mayoritaria. Cfr. SSTs de 3 de febrero de 1995, 18 de mayo de 1995, 24 de noviembre de 1995, 26 de marzo de 1997, 30 de abril de 1997, 5 de mayo de 1998 y 16 de julio de 1998, entre otras muchas.

<sup>20</sup> Vid. MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: *Derecho Penal. Parte General*, Dtor. ZUGALDIA ESPINAR, J.M. (VVAA), p. 911.

<sup>21</sup> En sentido contrario CEREZO MIR, J.: *Curso... II*, p. 374, nota (9). Admitiendo la compatibilidad de dolo eventual en relación con el resultado y de dolo directo respecto a la circunstancia las SSTs de 20 de diciembre de 1993, 21 de enero de 1997, 21 de junio de 1999, 4 de junio de 2001, 3 de junio de 2002 o 31 de octubre de 2002. No admiten la compatibilidad las SSTs de 13 de abril de 1993, 5 de diciembre de 1995, 19 de diciembre de 1996,



Cabe la compatibilidad de la alevosía con el dolo de ímpetu o resolución delictiva rápida<sup>22</sup>. Lo que no cabe, obviamente, es la presencia de la circunstancia agravante de alevosía en el marco de los delitos imprudentes, ni tampoco en los delitos de comisión por omisión<sup>23</sup>.

El artículo 22.1<sup>a</sup> circunscribe la aplicabilidad de la circunstancia de alevosía a la comisión de “cualquiera de los delitos contra las personas”<sup>24</sup>, lo que genera un problema interpretativo, toda vez que en el Código penal de 1995, a diferencia del Código derogado<sup>25</sup>, no hay título alguno rotulado de esa guisa. En relación con esta cuestión, a los efectos de la apreciación de la circunstancia agravante de alevosía deben entenderse por delitos contra las personas únicamente los delitos contra la vida humana independiente y contra la integridad corporal y la salud, pues no existe razón alguna que pueda justificar una ampliación de dicho ámbito<sup>26</sup>, pero ello de forma independiente de la

6 de abril de 1998 o 15 de abril de 1999. La STS de 22 de enero de 2002 habla de *discutible compatibilidad* entre el dolo eventual y la alevosía. En relación con la posibilidad de que la alevosía se comunique a los partícipes a título de dolo eventual Vid. MARTÍN GONZÁLEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, p. 183, con remisión a FRANK y ANTON ONECA; SEGRELLES DE ARENAZA, I.: “Art. 22.1” en *Comentarios al Código Penal, Tomo II*, Dtor. Cobo del Rosal, Ed. Edersa, Madrid, 1999, p. 902 y ss. lo rechaza, admitiendo tan sólo el dolo directo respecto a esta circunstancia.

<sup>22</sup> En este sentido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Derecho Penal. Parte General*, 1990, p. 374.

<sup>23</sup> Vid. MARTÍN GONZÁLEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, p. 94-95.

<sup>24</sup> Dada la claridad del precepto, no cabe invocar la apreciación de esta circunstancia en el marco de las faltas contra las personas al resultar impedido por el principio de legalidad penal. La referencia y limitación de la alevosía al marco de los delitos contra las personas proviene del Código penal de 1870; en el Código de 1932 se proyectaba sobre los delitos contra la vida y la integridad corporal, volviéndose en el texto de 1944 a los delitos contra las personas.

<sup>25</sup> Todos los Códigos posteriores al de 1848 han circunscrito la alevosía al ámbito de los delitos contra las personas. El Código de 1973, dentro de su Libro II (Delitos y sus penas) contenía un Título VIII en el que bajo la intitulación de “Delitos contra las personas” se dividía en un capítulo I (Del homicidio), capítulo II (Del infanticidio), capítulo III (Del aborto), capítulo IV (De las lesiones) y un capítulo V (Disposición general). No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo admitía la aplicabilidad de esta agravante a figuras delictivas ubicadas fuera del Título VIII del Libro II al amparo de una interpretación material y no formal de los delitos contra las personas, como sucedía con la alevosía en relación con el delito de robo con homicidio o con lesiones corporales, o en relación con el homicidio del Jefe del Estado. Vid. CEREZO MIR, J.: *Curso..., II*, p. 375. En este sentido, se defendía que a pesar de la –en principio– aplicabilidad de la alevosía sólo en los delitos contra la vida y la integridad corporal, debía admitirse no obstante la misma en relación con el robo con homicidio, porque no obstante estar configurado este delito como infracción contra la propiedad, su naturaleza especial suponía también un ataque contra la vida, que resultaba ser un bien jurídico de mayor importancia que aquél, unidad jurídica inescindible en la que cada uno de sus elementos componentes conservaba su genuina individualidad al efecto de recibir las agravantes que, incidiendo por separado en uno u otro, aflúan al conjunto (Vid. STS de 21 de enero de 1965, 13 de mayo de 1969, 11 de mayo de 1982, 2 de noviembre de 1983 y 25 de abril de 1985. No obstante es preciso señalar que tal criterio tampoco resultó pacífico en un principio, ya que existió una corriente dogmática y jurisprudencial que sostenía que el todo indivisible únicamente permitía las circunstancias que podían concurrir y apreciarse en todos y cada uno de los delitos que lo integran, con lo que no cabía su apreciación en el delito de robo con homicidio (Vid. en este sentido las SSTs de 3 de junio de 1884, 25 de mayo de 1886 y 26 de enero de 1979). Admitiendo la concurrencia de la alevosía en el delito de robo con homicidio como única excepción a la regla de que la misma sólo puede ser apreciada en relación con los delitos contra las personas Vid. PUIG PEÑA, F.: “Alevosía” en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo II, p. 561; para BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ariel, 3<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1989, p. 366, no debería apreciarse tal circunstancia en el indicado delito.

<sup>26</sup> En este sentido CEREZO MIR, J.: *Curso..., II*, p. 375; en el mismo sentido COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN: *Derecho Penal. Parte General*, 5<sup>a</sup> ed., Valencia, 1999, p. 893; DEL ROSAL BLASCO, B.: “La alevosía en el Código penal de 1995”, en *Delitos contra las personas*, Manuales de Formación Continua, 3. Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 287 defiende que la alevosía no exceda del límite de los delitos contra la vida y contra la salud de manera similar al Código de 1932; DÍAZ ROCA, R.: *Derecho Penal General. Ley*

ubicación de la figura delictiva en concreto, esto es, lo relevante es que nos encontremos materialmente ante un delito contra la vida humana independiente, contra la integridad corporal o contra la salud, se ubique donde se ubique en el texto punitivo la figura que concretamente venga en aplicación, y aunque concorra en el caso concreto una afectación a otros bienes jurídicos de forma simultánea<sup>27</sup>.

Ahora bien, el que se afirma con carácter general que la circunstancia sea aplicable a cualquiera de los delitos contra la vida humana independiente y contra la integridad corporal y la salud no empece a que no pueda venir en aplicación como consecuencia de las reglas generales en materia de inherencia, como sucede con el asesinato cuando el mismo se aprecia por matar a otro con alevosía, o por imposibilidad conceptual, como sucede con el homicidio consentido del art. 143.3 y 4<sup>28</sup>.

*Orgánica 10/95, de 23 de noviembre*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 212 la circunstancia de alevosía tan sólo puede apreciarse en los delitos contra la vida e integridad de las personas; LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ: *Derecho Penal Español*, 5ª ed., p. 419 sostienen que la circunstancia es proyectable sobre los delitos contra la vida o contra la integridad corporal; LOPEZ GARRIDO-GARCÍA ARAN: *El Código penal* ..., p. 54; para MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: *Derecho Penal. Parte General*, Dtor. ZUGALDIA ESPINAR, J.M., (VVAA), Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 910-911, es apreciable en los delitos contra la vida y la salud; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General I*, 5ª ed., p. 647; para MUÑOZ CONDE-GARCIA ARAN: *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., p. 558 tal circunstancia afecta hoy a los delitos de homicidio, aborto y lesiones; en el mismo sentido BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I.-ARROYO ZAPATERO, L.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Praxis, Barcelona, 1999, p. 319; SUAREZ MIRA-JUDEL PRIETOPINOL RODRÍGUEZ: *Manual de Derecho Penal. I. Parte General*, 1ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 285-286; PRATS CANUT, J.M.: en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Dtor. G. Quintero Olivares, Coord. J.M. Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 220 restringe la aplicabilidad de la alevosía a las tipicidades cuyo bien jurídico sea personalísimo y consistan en una agresión de carácter físico, pero admite su aplicabilidad, entre otros, a delitos contra la libertad sexual. Vid. *Ibidem*, p. 231.

<sup>27</sup> En este sentido, la alevosía puede hacer acto de presencia en relación con el magnicidio, con el atentado contra la vida o la integridad corporal de un Jefe de Estado extranjero o de personas internacionalmente protegidas por un Tratado, que se hallen en España, en los delitos de terrorismo y de genocidio. Vid. CEREZO MIR, J.: *Curso... II*, p. 375-375; con opinión contraria MUÑOZ CUESTA, J.: "Alevosía", en *Las circunstancias agravantes en el Código penal de 1995*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 28, quien limita la operatividad de la circunstancia agravante de alevosía a los delitos de homicidio, aborto y lesiones. La STS de 5 de junio de 1918 rechazó la alevosía en relación con el delito de atentado por ser un delito afectante tan sólo al orden público. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho Penal Español, Parte General*, 9ª ed., p. 727, nota (23), criticaba el que nuestro Tribunal Supremo se hubiera apartado de la literalidad del precepto apreciando tal circunstancia en los delitos de robo con homicidio, al tratarse en su opinión de un mero delito contra la propiedad, o en los delitos contra la vida del Jefe del Estado como el atentado del anarquista Sancho Alegre contra Alfonso XIII. Para QUINTERO OLIVARES, G.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Cedecs, 1ª ed., Barcelona, 1996, p. 556, conforme a la interpretación histórica procedería entender aplicable tal circunstancia a los delitos comprendidos en los cuatro primeros Títulos del Libro II del Código penal.

<sup>28</sup> Vid. ALTES MARTI, M.A.: *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del n° 1 del art. 10 del Código penal)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982, p. 105 y ss.; CEREZO MIR, J.: *Curso... II*, p. 375, nota (15); FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal, I, Tomo I*, Murcia, 1946, p. 331; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., p. 647-648. Por otra parte es evidente que la circunstancia agravante general de alevosía no puede concurrir con el delito de homicidio, ya que de concurrir un homicidio alevoso estaremos en presencia de un asesinato y la alevosía será entonces no una circunstancia general sino una circunstancia específica. Otra cosa es que podamos encontrarnos con la apreciación de la circunstancia agravante de alevosía en un homicidio cualificado por precio, recompensa o promesa o con ensañamiento, es decir, en un asesinato en el que no se haya apreciado la alevosía como circunstancia específica. No puede apreciarse la alevosía en relación con el delito de lesiones en riña tumultuaria del art. 154 del Código penal toda vez que resultará imposible conocer al autor y la forma concreta de acometimiento. Por todo ello, como señalaba ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, 2ª ed., p. 389, la referencia que se ha venido manteniendo de que el ámbito de la alevosía se proyectaba sobre los delitos contra las personas resulta a un tiempo demasiado amplia y demasiado corta, toda vez que hay delitos contra las personas a los que no cabe aplicar tal circunstancia y hay delitos no encuadrados bajo



## II. Evolución del concepto legal de alevosía.

Conceptualmente la alevosía ha sufrido una enorme y lenta evolución ya que de considerársele una modalidad del delito de traición ha terminado por considerarse una mera circunstancia agravante<sup>29</sup>. De comprender los más graves crímenes ha terminado convirtiéndose en una circunstancia de agravación aplicable tan sólo a los delitos contra las personas e inherente al asesinato con dicha calificación, y de consistir en un quebrantamiento a la fidelidad debida y ser semejante a la traición y a la deslealtad, ha terminado por consistir en un aseguramiento de la ejecución del hecho y de la persona del ejecutor.<sup>30</sup> Históricamente, la alevosía procede del Derecho penal germánico primitivo<sup>31</sup>; la alevosía –equivalente a traición– aparecía en numerosos Fueros<sup>32</sup>; conforme a las Partidas significaba deslealtad, quebrantamiento de un deber de fidelidad o traición<sup>33</sup>. En la Nueva y en la Novísima Recopilación se considera también homicidio alevoso al que no se hubiera producido en pelea, en guerra o en riña<sup>34</sup>. En el

dicha estricta nomenclatura formal-clasificatoria a los que sí debe admitirse la apreciación de tal circunstancia de agravación por razones materiales; en el mismo sentido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Derecho Penal. Parte General*, 1990, p. 375; MARTÍN GONZÁLEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, p. 97.

<sup>29</sup> Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ed. Colex, Madrid, 1990, p. 372-373; en el mismo sentido JIMÉNEZ DE ASUA, L.: *Lecciones de Derecho Penal*, Obra compilada y editada, Ed. Pedagógica Iberoamericana, Colección clásicos del derecho, México, 1995, p. 304; MARTÍN GONZÁLEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, p. 244. Para FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal*, I, Murcia, 1946, p. 335 y ss. el concepto de alevosía ha pasado de un momento en el que equivalía a traición, a una segunda fase en la que se equiparó a aseguramiento del hecho y de ahí a un tercer momento en el que equivaldrá a cobardía.

<sup>30</sup> Vid. las SSTs de 24 de enero de 1992 y de 20 de septiembre de 1999.

<sup>31</sup> Como señala ALTES MARTI, M.A.: *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del nº 1 del art. 10 del Código penal)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982, p. 8-9, la expresión alevosía presenta un origen germánico, derivando del gótico *levian*, que significa *hacer traición*.

<sup>32</sup> Fueros de Alba de Tormes, de Soria, de Cuenca, de Salamanca, de Madrid, de Medina, de Teruel, de Lorca, de Llanes, de Béjar, de Zorita de los Canes, en el Fuero Real, etc. Vid. MARTÍN GONZÁLEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, p. 9 a 11.

<sup>33</sup> En realidad, en las Partidas la alevosía y la traición presentaban un parejo significado, proyectándose ambas sobre diferentes tipos de personas, pero significando en el fondo una misma realidad. La Ley 3ª, tít. 27 de la Partida 7ª determinaba la concurrencia de asesinato por la presencia de traición, considerándose en la Ley 1ª, tít. 2, Partida 7ª a la traición como aquella circunstancia “que con semejanza de bien trae mal”, siendo “la más vil cosa é la peor que puede caber en corazón de hombre, naciendo de ella tres cosas contrarias á la lealtad, que son éstas: tuerto, mentira y vileza”; la traición era así la maldad de los hombres “que no se atreven a tomar venganza de otra guisa de los que mal quieren, sino encubiertamente y con engaño”. No obstante, en ésta última Ley se diferenciaba entre la traición y la alevosía, de suerte que la traición como tal quedaba reservada para los delitos cometidos contra el Rey, su Señorío o *contra pro-comunal de la tierra*, mientras que la alevosía era apreciable en los delitos cometidos contra otras personas. En el Fuero Real se confunde inicialmente la alevosía y la traición al contemplarse de manera única en la ley 2ª, tít. 17, lib. IV la pena que merece el que *matare á otro á traición ó aleve*, pena que no era otra sino ser arrastrado y ahorcado; sin embargo los bienes del traidor pasaban en su totalidad a poder del Rey, en tanto que el alevoso tan sólo perdía la mitad de los suyos, correspondiendo la otra mitad a sus herederos. Vid. ALONSO ALAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito*, p. 469; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, 2ª ed., p. 388. Vid. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal*, II, p. 376, nota 17; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Derecho Penal. Parte General*, 1990, p. 373; PUIG PEÑA, F.: “Alevosía” en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo II, p. 560.

<sup>34</sup> “Toda muerte se dice segura salvo aquella que fuere hecha en pelea o en guerra o en riña”. En la Nueva Recopilación el tratamiento de la alevosía tenía lugar en las leyes 11 del tít. 26, del lib. 8º y en la ley 10 del tít. 33; en la Novísima Recopilación seguía considerándose la traición y la alevosía como una misma realidad. Así, en la ley 2ª del tít. 21, del lib. 12 se contemplaba la “Pena del que mate á otro á traición ó aleve y del que hiciere muerte segura”, y aunque al menos formalmente se diferenciaba entre el “obrar á traición” y el “obrar sobre seguro” –a

Código penal de 1822 la alevosía<sup>35</sup> se definía como obrar “a traición y sobre seguro”<sup>36</sup>, es decir, su apreciación tomaba como base la necesaria doble concurrencia simultánea de la traición y del empleo de medios o formas de ejecución tendentes a asegurar la ejecución del delito; tal fórmula se transmitió al Código de 1848<sup>37</sup>; sin embargo, con la reforma del Código penal de 1850 la apreciación de la agravante de alevosía no exigirá ya la concurrencia simultánea de la traición y el empleo de medios o formas de ejecución tendentes a asegurar la ejecución del delito, sino que bastará con obrar a traición o sobre seguro, es decir, obrará con alevosía tanto quien actúe a traición como quien obre con aseguramiento de la ejecución del delito<sup>38</sup>. Con la reforma del Código penal de 1870 se fijará el concepto actual de alevosía, desapareciendo las referencias a la traición y pasando a conceptuarse legalmente por el empleo de medios, modos o formas de ejecución que *tiendan a asegurar la ejecución del delito*<sup>39</sup> y a evitar los riesgos que puedan provenir de la posible defensa de la víctima<sup>40</sup>. En el Código penal

diferencia de lo que ocurrirá en los Códigos de 1822 y 1848-, en realidad se consideraba que el *hacer muerte segura* constituía un caso *aleve*. Es en esta Novísima Recopilación cuando se incorpora la noción de “obrar sobre seguro”. En el Tratado de Antonio de la PEÑA, se señalaba que: “Se comete, además, traición, cuando siendo compañero de otro, yendo por el camino seguro, lo matase, o estando sentado a la mesa con él, o siendo su amigo, lo matase, porque está claro que traía en el ánimo otra cosa que la que mostraba”, y “se dice cometer traición, cuando una cosa se tiene en el corazón y otra en la apariencia de las palabras y obras que se hacen”. Para CARRARA “Del enemigo que amenazador nos acomete podemos ponernos en guardia y hasta defendernos, pero del que se nos acerca con la sonrisa en los labios es imposible protegernos”. Vid. ALONSO ALAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito*, p. 470; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Derecho Penal. Parte General*, 1990, p. 373; MARTÍN GONZALEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, p. 11 a 14; PUIG PEÑA, F.: “Alevosía” en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo II, p. 560.

<sup>35</sup> Que se recogía no como circunstancia general sino como circunstancia calificativa del asesinato en el art. 609, circunstancia 3. Vid. MARTÍN GONZALEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, p. 14.

<sup>36</sup> El “obrar sobre seguro” en este Código implicaba actuar “ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercibida a otra persona... ya llevándola con engaño o perfidia, o privándole antes de la razón, de las fuerzas, de las armas o de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato; ya empeñándola en una riña o pelea provocada... con ventaja conocida; o ya usando de cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad o sin riesgo para el agresor o para quitar la defensa al acometido”. Vid. ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, 2ª ed., p. 388; PUIG PEÑA, F.: “Alevosía” en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo II, p. 560.

<sup>37</sup> La circunstancia agravante de alevosía aparece en éste Código como una circunstancia general en su artículo 10.2, con vocación de generalidad, es decir, sin limitar su aplicación a una clase determinada de delitos. Al igual que en el Código de 1822 la alevosía significaba “obrar á traición y sobre seguro”. A diferencia de la Novísima Recopilación, ahora se exigía, para la apreciación de la alevosía, la concurrencia simultánea de haber obrado “a traición” y “sobre seguro”, con lo que parecía exigirse la concurrencia de las referidas sub-circunstancias al unísono para poder apreciar la circunstancia de alevosía. Vid. ALTES MARTI, M.A.: *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del nº 1 del art. 10 del Código penal)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982, p. 24-25; MARTÍN GONZALEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, p. 16 a 19 y 97.

<sup>38</sup> En efecto, en el Código penal de 1850 se sustituirá la conjunción copulativa y por la conjunción disyuntiva o, de manera que si con el Código de 1848 la alevosía implicaba “obrar á traición y sobre seguro”, con el Código de 1850 suponía “obrar á traición o sobre seguro”. Vid. ALTES MARTI, M.A.: *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del nº 1 del art. 10 del Código penal)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982, p. 25-26.

<sup>39</sup> Y ello implica que la circunstancia concurrirá aún cuando de hecho no se haya asegurado tal ejecución, bastando con que el empleo de dichos medios, modos o formas de ejecución *tiendan a asegurarla*, en la medida en que el legislador puso en este punto un especial acento en el propósito y finalidad del agente antes que en el resultado.

<sup>40</sup> Con el Código penal de 1870 se van a superar las deficiencias que presentaba la situación anterior en relación con la circunstancia de alevosía, y ello toda vez que hasta éste momento no existía un claro concepto legal de

de 1928 se volvió a la definición del Código de 1822 de obrar “a traición y sobre seguro”<sup>41</sup>. En los posteriores Códigos de 1932 (art. 10.1) y de 1944 (art. 10.1) la circunstancia no variará sustancialmente, y salvo pequeñas diferencias, respecto al concepto actual<sup>42</sup>.

### III. Fundamento de la agravación.

Dejando a un lado la vetusta discusión –que tantos ríos de tinta ha generado- acerca de si la circunstancia agravante que tratamos presenta naturaleza subjetiva, objetiva o mixta<sup>43</sup>, discusión inútil por lo demás<sup>44</sup>, y sin ánimo de exponer exhaustivamente todo

alevosía y ni siquiera existía consenso acerca del ámbito de proyección de la circunstancia. El número 2º del art. 10 del Código de 1870 señala que es circunstancia agravante el “ejecutar el hecho con alevosía”, de suerte que conforme a dicho precepto tan sólo podía ser apreciable en los delitos contra las personas, es decir, en relación con las figuras delictivas comprendidas en el Título VIII, del Libro II del Código, es decir, en relación con el parricidio, asesinato, homicidio, infanticidio, aborto, lesiones y duelo. En relación con el delito de asesinato la circunstancia de alevosía estaba contemplada expresamente como circunstancia específica en el art. 418. Vid. ALTES MARTI, M.A.: *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del nº 1 del art. 10 del Código penal)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982, p. 26 a 30; MARTÍN GONZALEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, p. 19 a 21.

<sup>41</sup> Si bien también se admitía la misma conforme al art. 66.1º cuando “dadas las condiciones personales del agresor o agredido, o las circunstancias del hecho, o los medios de ejecución empleados, se dificulta o debilita notablemente la defensa”. ALTES MARTI, M.A.: *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del nº 1 del art. 10 del Código penal)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982, p. 34-35; MARTÍN GONZALEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, p. 21.

<sup>42</sup> Vid. ALTES MARTI, M.A.: *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del nº 1 del art. 10 del Código penal)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982, p. 35 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.-CREMADES, J.: *Comentarios al Código penal*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1996, p. 13.

<sup>43</sup> Vid. ALTES MARTI, M.A.: *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del nº 1 del art. 10 del Código penal)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982, p. 69 y ss.; CAMARGO HERNANDEZ, C.: *La alevosía*, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, p. 39 y 115 y FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal, I, Tomo I*, Murcia, 1946, p. 337, destacando su carácter subjetivo; Vid. GOMEZ RIVERO, C.: “Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal” en *Revista Derecho y Proceso Penal*, Ed. Aranzadi, Año 2000, número 4, p. 38 ss.; Vid. MARTÍN GONZALEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, p. 33 a 50, 244-245; PRATS CANUT, J.M.: en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Dtor. G. Quintero Olivares, Coord. J.M. Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 219. Todavía hoy subsiste la polémica. En este sentido se ha discutido mucho en relación a si la alevosía presenta un cariz predominantemente objetivo, y por tanto implicaría una mayor antijuridicidad al descansar tal conclusión en los dos pilares que realzan su carácter ejecutivo, cual son el aseguramiento de la acción delictiva y la eliminación de la consiguiente reacción defensiva del ofendido, o bien si por el contrario debería primarse en la misma un elemento puramente subjetivo, y por tanto implicar una mayor culpabilidad, que consistiría en la “específica orientación por el culpable de los medios, modos o formas empleadas hacia aquel doble fin del aseguramiento y la indefensión de la víctima”. En diversos momentos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo insistió de forma reiterada en la necesidad de armonizar y compatibilizar las teorías objetivas y subjetivas en que se venía fundamentando por separado la agravante específica de alevosía como cualificativa del asesinato (plus de antijuridicidad o mayor culpabilidad respectivamente), y en este sentido merecen ser destacadas las SSTs de 24 de enero de 1983, 5 de mayo de 1983 y 1 de junio de 1983. En los últimos tiempos la jurisprudencia mantiene que ambos elementos han de entenderse imprescindibles para la existencia de la alevosía, lo que determinaría su carácter mixto, así las SSTs de 8 de junio de 1981, 30 de junio de 1983, 10 de mayo de 1984, 2 de diciembre de 1986, 23 de febrero de 1987, 16 de junio de 1987, 24 de octubre de 1987, 18 de noviembre de 1987, 15 de febrero de 1988, 29 de febrero de 1988, 5 de abril de 1988, 31 de mayo de 1988, 24 de octubre de 1988, 29 de septiembre de 1989, 24 de noviembre de 1989, 3 de junio de 1991, 24 de enero de 1992, 25 de enero de 1993, 9 de marzo de 1993, 9 de junio de 1993, 30 de junio de 1993, 8 de noviembre de 1993, 11 de mayo de 1994, 6 de junio de 1994, 30 de noviembre de 1994, 7 de diciembre de 1994, 2 de febrero de 1995, 11 de octubre de 1995, 8 de marzo de 1996, 16 de octubre de 1996, 25 de noviembre de 1996, 17 de diciembre de 1996, 20 de diciembre de 1996, 21 de marzo de 1997 (en esta sentencia se señala que la alevosía implica una mayor peligrosidad, una mayor culpabilidad y también una mayor antijuridicidad), 15

el panorama de confusos posicionamientos dogmáticos en relación con la fundamentación de esta circunstancia, y centrándonos, en definitiva, en el que creemos auténtico fundamento de la misma hemos de señalar que el mismo se encuentra en la mayor gravedad del hecho por la ejecución insidiosa y clandestina del mismo; en el aseguramiento y la mayor facilidad en la ejecución del delito –no de su preparación ni de su impunidad– por la utilización de determinados procedimientos que lo facilitan<sup>45</sup>, evitando los riesgos de la posible defensa de la víctima<sup>46</sup> sin que sea precisa la concurrencia de la traición ni de cobardía<sup>47</sup>. Se trata pues, de que es el aseguramiento del

de abril de 1999, 19 de junio de 1999, 20 de septiembre de 1999, 13 de marzo de 2000, 28 de diciembre de 2000 y 10 de febrero de 2003.

<sup>44</sup> Vid. DIEZ RIPOLLES, J.L.: “Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el art. 60 del Código penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T.XXX, 1977.

<sup>45</sup> MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., p. 646.

<sup>46</sup> Si el agente emplea medios, modos o formas de ejecución tendentes a asegurar la ejecución y a la eliminación de la defensa que pueda provenir de terceras personas, pero no de la víctima, no habrá alevosía. Vid. STS de 6 de julio de 1910. Vid. LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ: *Derecho Penal Español*, 5ª ed., p. 418.

<sup>47</sup> Como señala CERESO MIR: *Curso... II*, p. 377 y notas 23 a 25, en el concepto legal de alevosía se hace referencia a la finalidad de evitar los riesgos procedentes de la posible defensa de la víctima, pero no de terceras personas, con lo que el sujeto que actúa alevosamente puede no obrar de forma cobarde desde el momento en que la situación, objetivamente, y por la concurrencia de terceras personas, suponga para el mismo un evidente riesgo, no procedente de la víctima, pero sí de otras personas. Por ello, señala éste autor, la agravante de alevosía ha sido apreciada en relación con ataques contra la vida de monarcas cuando se encontraban rodeados de su escolta, como sucedió en las SSTS de 27 de diciembre de 1878 en relación con un atentado contra S.M. D. Alfonso XII (“porque el reo, colocándose en medio de la multitud de personas que esperaban a su Majestad, eligiendo el sitio más estrecho de las calles por donde tenía que transitar, y disparando el arma en el momento en el que los que le rodeaban tenían la vista fija en la Augusta Persona, contra la que hizo el disparo, acto que ejecutó sin riesgo para sí, que procediese de la defensa que pudiera hacer el Monarca, puesto que no pudo apercibirse, ni se apercibió de la agresión de que fue víctima, ni por ello poner en riesgo su vida el delincuente por la defensa que Su Majestad pudiera hacer”) y en la de 28 de agosto de 1913 en relación con un atentado sufrido por S.M. D. Alfonso XIII que tuvo lugar el día 13 de abril de 1913 cuando el Rey regresaba el día de la jura de bandera seguido de su Estado Mayor y escolta (“la doble e instantánea agresión, tanto más inesperada para la regia persona que de ella fue objeto, cuanto que venía de una fiesta patriótica, seguida de su Estado Mayor y de algunas de las fuerzas del Ejército que en ella habían tomado parte, no puede menos de estimarse alevosa, dada la imposibilidad de defenderse personalmente en que la víctima se vio colocada, y lo repentino y brusco de la acometida, siendo indiferente por esta razón que llevara o no armas, ya que no tenía tiempo para hacer uso de las mismas”). (Colección Legislativa, Tomo 19, número 4800, p. 452 y Tomo 91, número 20, p. 49). En la misma línea de CERESO se pronunciaban también ALTES MARTÍ, M.A.: *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del nº 1 del art. 10 del Código penal)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982, p. 145 y ss.; FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal, I*, Ed. Sucesores de Nogués, Murcia, 1946, p. 340; CORDOBA RODA, J.: en CORDOBA RODA-RODRIGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal, tomo I*, Ed. Ariel, Barcelona, 1972, p. 548, pese a reconocer que el resultado es injusto; DEL ROSAL BLASCO B.: “La alevosía en el Código penal de 1995”, en *Delitos contra las personas*, Manuales de Formación Continua, 3, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 296-297; MARTÍN GONZÁLEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, p. 88 y ss.; Vid. ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, 2ª ed., p. 389 y nota (22). LUZÓN CUESTA señalaba por un error tipográfico que el Tribunal Supremo en tales sentencias había desestimado la alevosía. Vid. LUZÓN CUESTA, J.M.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Dykinson, 2ª ed., Madrid, 1986, p. 187; tal error fue corregido en el apéndice a la segunda edición publicado en la misma editorial en 1987, p. 60; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., p. 647 señala que en ambas sentencias la circunstancia agravante de alevosía fue desestimada; en el mismo sentido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Derecho Penal. Parte General*, 1990, p. 375 también afirma erróneamente que en ambos casos no se apreció la alevosía al encontrarse los monarcas con sus escoltas; para éste último autor habrá que estar al caso concreto, señalando que en el atentado contra el presidente Kennedy estuvo presente la alevosía. Nuestro Tribunal Supremo en reiteradas Sentencias ha sentado que ni el texto legal ni la doctrina jurisprudencial desautorizan la aplicación de la agravante de alevosía cuando existe posible reacción defensiva de terceras personas. Vid. SSTS de 28 de octubre de 1871, 27 de junio de 1872, 11 de febrero de 1874, 21 de enero de 1876, 27 de diciembre de 1880,

delito y del delincuente, junto con la especificidad de la forma clandestina insidiosa o sorpresiva de comisión lo que co-fundamenta esta agravante<sup>48</sup>. La alevosía representa una mayor gravedad de lo injusto por añadir al desvalor de resultado propio del delito un especial e intenso desvalor de la acción, pues el sujeto en su acción emplea medios, modos o formas de ejecución clandestinos o insidiosos específicamente tendentes a asegurarla así como a impedir los riesgos procedentes de la posible defensa de la víctima, lo que supone a la par que una mayor sangre fría en la preparación o comisión del delito, un aumento de la peligrosidad de la acción<sup>49</sup>, ya que el empleo de tales medios modos o formas de ejecución, desde una perspectiva *ex ante* –en el momento del comienzo de la acción–, supone una evidente ventaja que hace más probable la producción del resultado delictivo<sup>50</sup>. En los supuestos de alevosía o la acción del

24 de enero de 1881, 16 de enero de 1884, 9 de julio de 1902, 20 de abril de 1904, 6 de julio de 1910, 28 de agosto de 1913, 19 de mayo de 1914, 22 de noviembre de 1916, 22 de junio de 1948, 22 de octubre de 1952, 6 de junio de 1959, 22 de octubre de 1969, 10 de diciembre de 1974 o de 31 de mayo de 1982. En definitiva, para la apreciación de la alevosía es irrelevante que de hecho concorra un evidente peligro para el sujeto activo proveniente de la defensa de terceras personas ajenas a la víctima. En sentido contrario se pronuncia SEGRELLES DE ARENAZA, I.: “Art. 22.1” en *Comentarios al Código Penal. Tomo II*, Dtor. Cobo del Rosal, Ed. Edersa, Madrid, 1999, p. 887 y ss., para quien lo importante para la apreciación de esta circunstancia es que efectivamente exista una real tendencia a asegurar la ejecución de forma objetiva, de manera que cuando el sujeto tan sólo se centra en la persona de la víctima pero no presta atención a que objetivamente concurrían medios de defensa provenientes de terceros (escultas), realmente el sujeto no emplea medios, modos o formas que tienden de forma directa y especial a asegurar el delito de forma objetiva, sino tan sólo de forma subjetiva, respecto de la persona de la víctima, no siendo en tales circunstancias apreciable la circunstancia. La presencia de cobardía suele apreciarse en relación con la denominada *alevosía de prevalimiento, desvalimiento o indefensión* (Vid. *infra*), como, entre otras muchas, en las SSTs de 16 de octubre de 1996, 26 de marzo de 1997, 30 de abril de 1997, 24 de septiembre de 1997, 11 de febrero de 1998, 5 de mayo de 1998, 16 de julio de 1998; sin embargo, en ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha configurado a la cobardía como un elemento inescindible de toda forma de alevosía. Vid. en este sentido la STS de 27 de diciembre de 1988.

<sup>48</sup> ALONSO ALAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito*, p. 471-472, 476, 481; en el mismo sentido TORIO LOPEZ, A.: “Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)”, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal. Algunos problemas específicos*, Semana de derecho penal en memoria del profesor Julián Pereda, S.J., celebrada durante los días 4 al 11 de marzo de 1982, organizada por el Departamento de derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, p. 111.

<sup>49</sup> La agresión alevosa denota una mayor peligrosidad del hecho que se revela por la especial facilidad de su comisión y la consiguiente indefensión que ocasiona a la víctima, exigiendo la alevosía que los medios estén orientados directa y especialmente al aseguramiento de la ejecución, disminuyendo, aunque no necesariamente eliminando, las posibilidades de defensa del agredido. Cfr. STS de 7 de noviembre de 1995. El aumento de la peligrosidad ya era puesto de manifiesto por FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal, I, Tomo I*, Murcia, 1946, p. 326. En relación con el fundamento de la circunstancia agravante de alevosía, GOMEZ RIVERO, C.: “Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal” en *Revista Derecho y Proceso Penal*, Ed. Aranzadi, Año 2000, número 4, p. 37 señala que el mismo debe encontrarse en “la especial censura que merece la conducta de quien diseña el plan delictivo atrayendo hacia sí todas las condiciones favorables, de tal forma que a la víctima apenas si le queda margen para oponer resistencia”, reconociendo también como co-fundamento de la presente causa de agravación el incremento de la peligrosidad de tal conducta.

<sup>50</sup> La doble y subjetiva finalidad perseguida por el sujeto caracterizadora de la alevosía, supone un incremento notable de la antijuridicidad o injusto del hecho. Vid. ALONSO ALAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito*, p. 493-494; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, 2ª ed., p. 386; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I.-ARROYO ZAPATERO, L.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Praxis, Barcelona, 1999, p. 319; BUSTOS RAMÍREZ, J.J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ariel, 3ª ed., Barcelona, 1989, p. 365; BUSTOS RAMÍREZ, J.J.-HORMAZABAL MALARÉE, H.: *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. II, Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 402; CERESO MIR, J.: *Curso... II*, p. 377-378; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., p. 646; MORA ALARCÓN, J.A.: *Suma de Derecho Penal. Parte General y Especial*, Ed. Edisofer, S.L., Madrid, 1996, p. 131; en la misma línea



agente coloca a la víctima en una situación tal que la misma no puede defenderse o bien el sujeto se aprovecha de las características de incapacidad de defensa que presenta intrínsecamente la víctima del delito, razones por las que por algunos autores se alude a que dicha circunstancia revela la máxima perfidia o máxima abyección<sup>51</sup>. Es preciso advertir que, como señala algún autor, la exigencia de que la concreta forma de ejecución suponga al mismo tiempo la supresión del riesgo que para el agente pudiera provenir de la defensa de la víctima implica un recorte sustancial del ámbito de operatividad de la alevosía en atención a si sólo se exigiera para su operatividad la comisión del delito mediante el empleo en su ejecución de medios, modos o formas que tendrían directa y especialmente a su aseguramiento<sup>52</sup>.

#### IV. Clases de alevosía

Conceptualmente es posible diferenciar tres clases de alevosía en función de sus peculiaridades:

La denominada *alevosía proditoria*, *aleve* o *traicionera* que es la forma más característica de la alevosía, referida a aquellos supuestos en los que el ataque que tiene lugar sobre el sujeto pasivo va precedido de trampa, emboscada<sup>53</sup>, celada, lazo, acecho, insidia, apostamiento o asechanza, actuando el autor “a traición sobre seguro” como señalaba el Código de 1822, concurriendo una cierta premeditación en orden a la consecución del objetivo lesivo, encuadrándose aquí aquellos supuestos en los que el sujeto activo utiliza estratagemas o procedimientos engañosos o tretas para atraer pérfidamente a la víctima con ocultación sinuosa del ánimo hostil, caracterizándose en

MUÑOZ CUESTA, J.: “Alevosía”, en *Las circunstancias agravantes en el Código penal de 1995*, Ed. Aranzadi, 1997, p. 26.

<sup>51</sup> Vid. PUIG PEÑA, F.: “Alevosía” en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo II, p.559. Para QUINTERO OLIVARES, G.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 1996, p. 556-557, el comportamiento alevoso no es sino algo consustancial al comportamiento criminal, en el sentido de que lo anormal sería que el sujeto no tratara de asegurar la ejecución del hecho delictivo y de evitar la defensa de la víctima, con lo que resulta cuestionado el que tales supuestos merezcan una agravación en la medida en que difícilmente puede apreciarse por el comportamiento alevoso un mayor injusto o una mayor necesidad de prevención, lo contrario supone pretender convertir al homicidio en una especie de duelo medieval de tipo caballeresco; Vid. en el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, G.: *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Marcial Pons, reed. 2ª ed., Madrid, 1992, p. 613-614; QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 724-725; en el mismo sentido crítico BUSTOS RAMÍREZ-HORMAZABAL MALARÉE: *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. II, p. 403-404, para quienes resulta difícil fundamentar tal agravante “ya que todo sujeto que realiza un delito, lógicamente, tiende a asegurarlo y buscar la indefensión de la víctima en el mayor grado posible”; en el mismo sentido CARBONELL MATEU, J.C.-GONZALEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, VIVES ANTÓN y otros, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 1999, p. 68, 70; PRATS CANUT, M.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Dtor. Quintero Olivares, Coord. Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, Pamplona 1996, p. 218-219; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios al Código Penal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, p. 210.

<sup>52</sup> Vid. ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, 2ª ed., p. 387. Para DEL ROSAL-COBO DEL ROSAL-RODRIGUEZ MOURULLO: *Derecho Penal Español...*, p. 199 y para SEGRELLES DE ARENAZA, I.: “Art. 22.1” en *Comentarios al Código Penal, Tomo II*, Dtor. Cobo del Rosal, Ed. Edersa, Madrid, 1999, p. 873, los medios de aseguramiento tan sólo pueden ser medios físicos, debiendo excluirse los morales.

<sup>53</sup> La agresión en emboscada concurre cuando el agente se parapeta en los accidentes propios del terreno para, el pasar desprevenido el ofendido, realizar súbitamente el ataque. Vid. SSTs de 12 de abril de 1878, 7 de enero de 1913, 18 de abril de 1940. Vid. PUIG PEÑA, F.: “Alevosía”, en *Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo II, p. 563.



ocasiones por tratarse de un ataque por la espalda<sup>54</sup>, dándose en ella la máxima ocultación de las intenciones y proyectos homicidas o lesivos, en cuanto el propio agresor se esconde a la vista de la víctima<sup>55</sup>.

La denominada *alevosía sorpresiva, súbita o inopinada* caracterizada por tener lugar un ataque *ex improvisu*, es decir, por desencadenarse un ataque de forma sorpresiva, repentina e inesperadamente, de forma fulgurante e imprevisto por el sujeto pasivo que no permite a la víctima reaccionar ni eludir el golpe, estando la víctima de espaldas o de frente, caracterizándose con frecuencia por cuanto el agresor aun cuando no se oculta físicamente, sin embargo no deja traslucir sus intenciones hasta el momento en que despliega su agresión, concurriendo generalmente un lapso de tiempo mínimo entre el pensamiento concreto -no la idea previa de matar- y la ejecución, de suerte que estando totalmente desprevenido el ofendido, éste no espera aquella agresión a su integridad corporal y, por tanto, impide toda preservación o el intento defensivo más elemental.

La denominada *alevosía de prevalimiento, desvalimiento o indefensión*, caracterizada ésta por el aprovechamiento de una especial situación accidental de indefensión o desamparo -absoluto o muy acentuado- de la víctima en la que ésta no puede defenderse, y reservada para cuando el ataque sobre la misma tiene lugar de forma especialmente ruin, cuando está acostada, tendida en el suelo, sentada, de rodillas, dormida<sup>56</sup>, embriagada en fase de crisis aguda, o en otra situación de indefensión no provocada por la acción del sujeto, dirigida a la producción del resultado de muerte o lesiones corporales<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> La agresión por la espalda constituye uno de los supuestos típicos de la alevosía. No obstante, no todos los casos de agresión por la espalda permiten apreciar tal circunstancia. Así, no cabe su apreciación, pese a darse el ataque por la espalda, en los casos de riña mutuamente aceptada o en el caso de previo aviso por parte del agresor cuando el agredido huía de aquel. Vid. SSTs de 6 de julio de 1910 y 9 de julio de 1918. Vid. PUIG PEÑA, F.: "Alevosía", en *Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo II, p. 562. En todo caso es evidente que para la apreciación de la alevosía no es suficiente con la concurrencia objetiva de una situación de indefensión, sino que es preciso, además, el ánimo por parte del agente de buscar y aprovecharse de esa situación; sin dicho ánimo no cabe la alevosía aun tratándose de un golpe por la espalda. Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, p. 92.

<sup>55</sup> Esta forma de alevosía es similar al *guet-apens* del art. 298 del Código penal francés de 1810, hoy desaparecida. Vid. MARCHENA GOMEZ, M.: *Código Penal de 1995*, Ed. Comares, Granada, 1997, p. 82. Actualmente tal circunstancia ha sido sustituida por la premeditación. En efecto, el artículo 221-3 del Código penal francés, en la redacción de la ley nº 94-89 de 1 de febrero de 1994, art 6 y 373, Diario Oficial de 2 de febrero de 1994 en vigor desde el 1 de marzo de 1994 dispone que: "El homicidio cometido con premeditación constituye un asesinato. Será castigado con reclusión criminal a perpetuidad". En realidad la desaparecida figura de *guet-apens* del texto francés, venía definida en el art. 298 del *Code Penal*, como la espera durante más o menos tiempo en uno o diversos lugares a un individuo para darle muerte o para realizar sobre él actos de violencia. Tal circunstancia, como señaló la STS de 4 de junio de 1992 resultaba más restrictiva que la configuración que nuestro Derecho ha hecho de la alevosía desde el Código penal de 1822 y posteriores, desde su configuración inicial con una genérica referencia a obrar «a traición y sobre seguro».

<sup>56</sup> Vid. SSTs de 7 de mayo de 1953, 7 de julio de 1955 y de 4 de abril de 1958.

<sup>57</sup> La jurisprudencia viene encuadrando bajo esta última modalidad de alevosía no sólo los supuestos de aprovechamiento de una situación de indefensión accidental, sino también los casos en los que la víctima es una persona indefensa por su propia condición intrínseca, al tratarse de un niño, un anciano, un inválido, paralítico o ciego. Como hemos señalado *supra*, a nuestro juicio en éstos casos sería preferible la estimación de la circunstancia agravante de abuso de superioridad -que no es sino una alevosía menor o de segundo grado- antes que la de alevosía, ya que no concurre, generalmente -lo que no quiere decir que en un caso concreto no pueda darse-, el elemento tendencial de esta circunstancia. Vid. CEREZO MIR, J.: *Curso... II*, p. 373-374 y nota (7). Cerezo

## V. Alevosía inicial, alevosía sobrevenida y concursos de delitos.

Como ya hemos adelantado, la apreciación de la agravante de alevosía, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo no cabe en aquellos supuestos en los que el sujeto pasivo es partícipe y conocedor de la posibilidad del ataque por parte del sujeto activo por haber sido amenazado, advertido o estar inmerso en una disputa, lucha recíproca, riña consentida o pelea o de cualquier modo espera o puede contar racionalmente con un acometimiento contra su integridad; sin embargo, tal planteamiento no es pacífico, pues parte de la doctrina sostiene que no cabe descartar la posibilidad de que en un determinado caso alguno de los contendientes puede no contar con un ataque contra su vida, o un grave atentado contra su integridad corporal<sup>58</sup>; en cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que si el ataque se produce cierto tiempo después de la finalización de la lucha, una vez que la víctima contaba con que la agresión no continuaría, cabe la apreciación de la circunstancia de darse todos sus requisitos<sup>59</sup>.

En este sentido es preciso reseñar, por otra parte, que cabe también admitir la concurrencia de la denominada alevosía sobrevenida, típica de aquellos casos en los que con ocasión de cursos o series delictivas plurales -aunque cronológicamente inmediatas, pero en cualquier caso tras una interrupción temporal significativa de la inicial acción no alevosa- concurre *ex post* una segunda acción alevosa, es decir, inmediatamente tras haber cesado una previa acción no alevosa pero ya ilícita penalmente. En estos casos, la segunda acción -alevosa- supone una actuación desgajada de los primeros ataques no alevosos, presuponiendo la concurrencia de dos acciones diferentes, próximas e inmediatas temporalmente, pero distintas, aunque unidas y entroncadas por la coincidencia de la persona atacada; la segunda debe ser una nueva y diferente agresión, diversa a la antes realizada a través de una acción diferente. En este segundo estadio de la acción agresiva se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para realizar, a través de una acción diferente, una nueva agresión que remata a la víctima o profundiza y agrava las lesiones<sup>60</sup>.

admite que excepcionalmente puede apreciarse dicha circunstancia en relación con determinados menores que por sus circunstancias personales pueden defenderse, de suerte que el ataque presente determinados medios, modos o formas dirigidos precisamente al aseguramiento de la ejecución del delito evitando los riesgos de la posible defensa de la víctima. La consideración dogmática que se mantenga sobre éste punto tiene la máxima importancia en relación con el delito de asesinato, dadas las limitaciones que ésta postura implica para la apreciación de la alevosía en relación con los casos en los que la víctima sea una persona objetivamente desvalida por razones intrínsecas. Para MUÑOZ CUESTA, J.: “Alevosía”, p. 29-30, cabe la apreciación de esta forma de alevosía en relación con personas objetivamente indefensas, ya que tal aceptación, sostiene, encajaría -en general- en “una interpretación literal y teleológica de la alevosía, pues lo que se pretende en definitiva es castigar la facilidad en la comisión del delito y la falta de riesgo para el agresor de la defensa que pudiera hacer el ofendido, lo que sin duda es apreciable en seres indefensos”. Vid. GOMEZ RIVERO, C.: “Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal” en *Revista Derecho y Proceso Penal*, Ed. Aranzadi, Año 2000, número 4, p. 41 ss.

<sup>58</sup> Para ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, 2ª ed., p. 389 no cabe apreciar la alevosía cuando la situación de indefensión de la víctima es un mero accidente de la lucha, es decir, si se inició la lucha con la posibilidad de defensa por parte de la víctima y “luego caída y desarmada continúa el reo la agresión, no existe agravante”; Vid. CEREZO MIR, J.: *Curso... II*, p. 379.

<sup>59</sup> Vid. en este sentido MUÑOZ CUESTA, J.: “Alevosía”, p. 30-31.

<sup>60</sup> Vid. STS de 9 de diciembre de 1996 y 29 de noviembre de 1997. En la STS de 8 de julio de 1944 se concluyó con la imposibilidad de apreciar la circunstancia agravante de alevosía en un caso en el que el agresor, que

La alevosía sobrevenida se produce cuando, no hallándose presente en el comienzo de la inicial acción, tras una interrupción temporal o solución de continuidad significativa en la actuación del agente, se reanuda el ataque en un segundo estadio, durante el que surge ese aprovechamiento de la indefensión del sujeto pasivo, lo mismo que si el agente se aprovecha de la indefensión originada por la actuación de terceros, si bien en éste último caso, más que de alevosía sobrevenida o impropia habría que hablar de simple alevosía o alevosía propia, ya que no se trata de que el sujeto haya interrumpido una inicial acción no alevosa y comenzado la ejecución de una nueva acción alevosa con alevosía sobrevenida, sino que en sentido estricto el sujeto actúa con alevosía *ab initio*, en su única acción aprovechándose de la situación generada por terceras personas a las que en principio es ajeno.<sup>61</sup> Para la apreciación de la alevosía sobrevenida, lo verdaderamente determinante es analizar si concurrieron una o varias acciones delictivas<sup>62</sup>. Si sólo concurrió una acción no cabe hablar de alevosía sobrevenida, ya que la situación de indefensión ha de existir desde el momento inicial de la agresión; ahora bien, si se admite en el caso concreto que concurrieron dos acciones separables, la iniciación de la segunda acción permite apreciar la concurrencia de dicha alevosía sobrevenida de darse todos sus requisitos<sup>63</sup>.

En la STS de 4 de marzo de 2002 se analizó un supuesto en el que concurría una clara indefensión de la víctima frente a su agresor. La víctima pretendió dar por terminada la discusión con su esposo saliendo de la casa, donde convivían, cuando fue violentamente introducida otra vez, y posteriormente asfixiada, agresión que se consumó por la desproporción de las fuerzas entre agresor y agredida, y por la debilidad añadida que el embarazo de ésta podía suponer. En el caso indicado, el Tribunal Supremo señaló que, conforme a la jurisprudencia seguida al respecto hasta el momento, para la apreciación de la alevosía —cuya concurrencia era sostenida por la acusación— la conducta debería haber sido alevosa desde el momento mismo del inicio de la acción<sup>64</sup>, y ello sin perjuicio de que cupiera la posibilidad de apreciarla si, una vez

había sido golpeado previamente por la ulteriormente agredida, había actuado alevosamente no *ab initio*, sino una vez iniciado el desarrollo de la acción y estando inmerso en la misma, de suerte que la alevosía para poder ser apreciada debe estar presente desde el comienzo mismo de la acción. La necesidad de que la alevosía exista desde el momento inicial de la agresión y comprenda la totalidad de la acción es resaltado por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Derecho Penal. Parte General*, 1990, p. 374 y por MARTÍN GONZÁLEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, p. 89 a 92.

<sup>61</sup> Vid. STS de 7 Jun. 1995. En las SSTS de 15 de diciembre de 1986, 12 de julio de 1991, 15 de febrero de 1993 y 20 de 20 septiembre de 1999 así se admite al señalarse como supuesto de alevosía sobrevenida: “(...) cuando, producida la situación de indefensión por el ataque de terceros, el agente aprovecha tal situación para agredir sobre seguro a la víctima, en cuyo caso el ánimo tendencial de aseguramiento del ataque y exclusión del riesgo está presente en su conducta desde el principio al fin, esto es, la alevosía concurre ya desde el inicio de la acción que le es propia y que es la que debe ser penalmente valorada”.

<sup>62</sup> Vid. las SSTS de 28 de abril de 1997 y 27 de septiembre de 1997.

<sup>63</sup> Vid. SSTS de 12 de julio de 1991 y 16 de mayo de 1996.

<sup>64</sup> Como señalan las SSTS de 9 de septiembre de 1991 y 30 de noviembre de 1994, es necesario que la alevosía comprenda la totalidad de la agresión que integra el delito, por lo cual no puede estimarse cuando desde el principio de la acción criminal no ha existido. En el mismo sentido de exigir que la conducta alevosa debe serlo *ex ante*, las SSTS de 8 de mayo de 1981, 24 de mayo de 1982, 16 de mayo y 20 de diciembre de 1983 (refiriéndose “al suceso en la plenitud de su dinamismo o desarrollo objetivo”), 21 de marzo de 1984, 16 de junio de 1984 (refiriéndose “al momento inmediatamente anterior o coetáneo a la ejecución de la acción delictiva”), 19 de junio de 1984, 16 de mayo de 1985, 25 de marzo de 1986 (refiriéndose “al momento en que se realizan los actos

iniciada la acción delictiva sin carácter alevoso, se iniciara después otra distinta, contra el mismo sujeto pasivo, en que pudiera apreciarse tal alevosía sobrevenida. Sin embargo, en el caso analizado por la referida resolución, y pese a que en el relato fáctico de la sentencia se recogía que el agresor había dado muerte a la víctima asiéndola “por el cuello presionando hasta que quedó desvanecida y como observó que seguía con vida, la remató estrangulándola”, lo que en principio podría hacer incardinar dicha conducta en un comportamiento alevoso sobrevenido, sin embargo, no se daba el requisito de que se hubiera iniciado una acción delictiva sin carácter alevoso, y se continuara después otra distinta, ya alevosa, contra el mismo sujeto pasivo, pues en el citado supuesto se apreció unidad de acción. En efecto, la imposibilidad de apreciar un supuesto de alevosía sobrevenida en el caso analizado derivó de que no había una acción inicial y posteriormente otra alevosa, sino que solo existía una misma acción, dolosa; en el caso referido se habían realizado en un solo acto dos delitos, homicidio y aborto a través de una sola secuencia que sucesivamente había progresado, sin que pudieran apreciarse dos acciones distintas. De todo ello el Tribunal Supremo concluyó que resultaba más correcta la apreciación de la agravante de abuso de superioridad, por la desproporción de fuerzas existente entre agresor y víctima, en vez de la circunstancia alevosa.

Obviamente, si se considera que han existido dos acciones separadas y con desconexión temporal, cabrá apreciar con relativa frecuencia un concurso de delitos, y así, si la inicial acción no alevosa perseguía el resultado de muerte no alcanzado, habrá de ser calificada como de tentativa de homicidio, mientras que al lograrse el resultado merced a la segunda acción ya alevosa, habrá que apreciar un asesinato consumado, concurriendo un evidente concurso entre ambas infracciones. Respecto a si dicho concurso habrá de ser considerado concurso real o ideal, parece más lógico considerarlo como concurso real al no existir unidad de acción y darse una heterogeneidad de hechos; del mismo modo, si el sujeto activo intenta un asesinato sin lograr el resultado y posteriormente, con mediación de un *lapsus* temporal considerable, consuma un homicidio, habrá de reconocerse un concurso real de delitos entre la tentativa de asesinato y el homicidio consumado<sup>65</sup>. Ahora bien, en el primero de los supuestos, si el sujeto en el marco de una única acción despliega un comportamiento alevoso *ex post*, y no *ex ante*, es decir, en el curso de la acción y cuando la víctima ya había sido agredida, no cabrá apreciar la concurrencia de la circunstancia de agravación y por consiguiente estaremos en presencia de un simple homicidio. Puede decirse pues, que la apreciación de la circunstancia agravante de alevosía cabrá, de ordinario, cuando la misma haya sido preordenada a la ejecución del delito y no podrá apreciarse cuando la misma se reintroduzca de manera espontánea y *ex post*, en el marco de la ejecución del delito.

Al igual que cabe admitir, como acabamos de ver, la alevosía sobrevenida, también puede plantearse el problema de si cabe la posibilidad de que la agresión comience

ejecutivos”), 14 de febrero de 1987, 21 de marzo de 1988 y 24 de febrero de 1990.

<sup>65</sup> Vid. CARBONELL MATEU, J.C.-GONZALEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, VIVES ANTÓN y otros, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 1999, p. 73-74.

alevosamente y sin embargo no se consume con la presencia de alevosía<sup>66</sup>. En relación con esta cuestión es importante tener en cuenta que debe partirse de la base de que no cabe la apreciación de una circunstancia agravante incompleta, y por tanto dicha circunstancia o concurre o no concurre, pero en plenitud. Cuando no se realiza de forma completa la alevosía, por ejemplo por descubrir la víctima al que estaba acechando para el ataque, y pese a que ulteriormente el agresor de muerte a la víctima, no cabrá apreciar tal circunstancia agravatoria, y por ende no cabrá apreciar ni la concurrencia de una tentativa de asesinato ni un concurso ideal o real entre una tentativa acabada de asesinato y un homicidio doloso consumado, y ello por cuanto la circunstancia de alevosía no concurrió plenamente *ab initio* dándose sólo la figura del homicidio. Pero puede ocurrir también, al contrario del caso enunciado, que el comportamiento alevoso se consume, pero sin embargo el resultado perseguido de muerte no se alcance merced al comportamiento alevoso, sino que, o bien no se alcance, o de alcanzarse el mismo se halla llegado a él gracias a un ulterior comportamiento no alevoso surgido concatenadamente del que concreta la alevosía, con o sin unidad de acción o de hechos. En estos supuestos parece que lo más prudente es reconocer la concurrencia de una tentativa de asesinato en el supuesto de que el resultado no se logre, o bien un concurso ideal o real –según los casos- entre la tentativa de asesinato y un homicidio doloso consumado en caso de lograrse el resultado ulterior de muerte. En estos casos la apreciación de la alevosía deviene necesaria desde el momento en que el núcleo configurador del comportamiento alevoso se ha realizado con plenitud, por ello, si no se ha logrado el resultado de muerte perseguido, habrá que entender concurrente una mera tentativa de asesinato, mas si el resultado de muerte se logró pero no merced al comportamiento alevoso, por ejemplo si el disparo alevoso no dio en el blanco y es posteriormente en el marco de una pelea subsiguiente y sin solución de continuidad a aquel disparo cuando el agresor da muerte a la víctima, habrá de entenderse concurrentes, en concurso ideal o real –según los casos-, la tentativa de asesinato y el homicidio doloso consumado<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> Vid. MUÑOZ CONDE-GARCIA ARAN: *Derecho Penal. Parte Especial*, 12ª ed., p. 52; SERRANO GOMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Dykinson, 4ª ed., Madrid, 1999, p. 36. Para el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 21 de marzo de 1984 una conducta será alevosa cuando lo sea *ex ante*, es decir, desde el inicio de la acción o de la dinámica comisiva, de tal modo que si es alevosa *ab initio*, no dejará de serlo porque, inmediatamente después, de modo incidental, pueda el agredido contar con alguna posibilidad reactiva o de defensa; y si dicho comportamiento no es alevoso desde el primer momento, no lo será aunque, como consecuencia de las primeras acciones agresivas, la víctima, viva todavía, se halle inermes, indefensa y privada de toda oportunidad de defenderse, de eludir las nuevas acciones ofensivas del agresor o de contrarrestarlas de algún modo.

<sup>67</sup> Sobre las diferentes posturas que se han mantenido al respecto Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial (Delitos contra las personas)*, 2ª ed., 4ª reimp. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 69; CARBONELL MATEU, J.C.-GONZALEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, VIVES ANTÓN y otros, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 1999, p. 69; DEL ROSAL BLASCO, B.: “La alevosía en el Código penal de 1995”, en *Delitos contra las personas*, Manuales de Formación Continua, 3, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 294 a 296; GIMBERNAT ORDEIG, E.: “El ocasionamiento de muerte que empieza como homicidio y acaba como asesinato”, en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 266 a 274; GONZALEZ RUS, J.J.: en *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, I, en Dtor. Cobo del Rosal, VVAA, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 76-77; QUINTANO RIPOLLES, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal, tomo I*, Vol. 1, 2ª ed., puesta al día por E. GIMBERNAT ORDEIG, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, p. 256.

## VI. Comunicabilidad de la circunstancia de alevosía

Por lo que toca a la transmisibilidad de esta circunstancia a los partícipes la misma se rige, dado su carácter impersonal<sup>68</sup>, por lo dispuesto en el número segundo del artículo 65<sup>69</sup>. Conforme a dicho precepto, las circunstancias agravantes que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para agravar la responsabilidad de aquellos que tuvieran conocimiento de ellas en el momento de su acción o de su cooperación para el delito, comunicabilidad de la agravación que tanto resulta aplicable en orden a las circunstancias genéricas como respecto de aquellas otras de significación e influencia específica, propiciadoras del surgimiento de un subtipo cualificado.

Ahora bien, además del conocimiento objetivo por parte del partícipe, para la comunicabilidad de la circunstancia agravante de alevosía es precisa también la voluntad de realización de la circunstancia, de manera que tal voluntad ha de materializarse bien a través del previo acuerdo o del concierto o unidad de propósito entre los sujetos, e independientemente de cómo se materialice, en su caso, la división del trabajo entre los copartícipes; otra cosa es que, de ordinario, no podrá negarse que el conocimiento de la circunstancia suele ir íntimamente unido a la voluntad de realización por parte de todos los intervinientes<sup>70</sup>.

En relación con este tema, es cierto que el Tribunal Supremo señaló en su Sentencia de 22 de noviembre de 1968 la inaplicabilidad de la agravante de alevosía al inductor que no tuvo conocimiento de la ejecución material del hecho o de los medios empleados en el momento delictivo, no obstante lo cual, esta cuestión ha sido analizada pormenorizadamente por la jurisprudencia de forma más reciente, especialmente tras la reforma de 1983, en las SSTs de 24 de junio de 1987 y 16 de septiembre de 1991. Como se sabe, a efectos de la responsabilidad penal del inductor, lo importante, en primer lugar, es que existan pruebas en la causa de que éste, el inductor, hizo nacer la idea criminal en la mente del autor material, pues si éste ya albergaba el concreto propósito delictivo, no habrá lugar a la inducción, sin perjuicio de que se de otra forma delictiva como la conspiración o la proposición, en su caso. Al margen de esto, cabe la posibilidad, como es sabido, de que el inducido incurra en su actuación en un exceso respecto a lo contemplado por el inductor. En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria distinguen entre un exceso en los fines o cualitativo, en cuyo caso, el delito más grave y distinto realizado por el ejecutor no será imputable al instigador, y un exceso en los medios o cuantitativo, en el que el inductor responde,

<sup>68</sup> Así ALONSO ALAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito*, p. 494-495; en el mismo sentido COBO DEL ROSAL- VIVES ANTÓN: *Derecho Penal. Parte General*, p. 893; por el contrario, para BUSTOS RAMÍREZ, J.J.-HORMAZABAL MALARÉE, H.: *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. II, p. 403 es una circunstancia personal e incommunicable; para LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ: *Derecho Penal Español*, 5ª ed., p. 419, la circunstancia agravante de alevosía es también una circunstancia personal.

<sup>69</sup> Vid. MARTÍN GONZÁLEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, p. 171 y ss.

<sup>70</sup> Vid. MARTÍN GONZÁLEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, p. 182-183, 246; sobre la necesaria concurrencia del elemento intelectual y volitivo de la alevosía Vid. SEGRELLES DE ARENAZA, I.: "Art. 22.1" en *Comentarios al Código Penal, Tomo II*, Dtor. Cobo del Rosal, Ed. Edersa, Madrid, 1999, p. 899 ss.



salvo que el poderío del medio alcance a cambiar la naturaleza del delito propuesto al inducido, lo que equivale en realidad a un exceso cualitativo. Lo verdaderamente importante es pues, determinar, si el exceso de la desviación es meramente cuantitativo –en cuyo caso responde el inductor- o si se ha llegado a desbordar verdaderamente la voluntad del inductor de manera cualitativa, en cuyo caso el instigador no responderá como tal, sin perjuicio de su posible responsabilidad por otro título de participación (provocación, conspiración), en su caso. Por otra parte debe añadirse aún que la responsabilidad del inductor en el caso de exceso cuantitativo del ejecutor es compatible con la presencia de un mero dolo eventual en aquél, situación que, por otra parte, resulta la más frecuente en la práctica, y ello toda vez que de ordinario el instigador no tiene seguridad de la eficacia de su inducción. Si el inductor tiene, por ejemplo, *animus necandi*, de modo que, como mínimo, aceptó la producción de la muerte por dolo eventual, y los medios empleados por el ejecutor o ejecutores resultaron alevosos y entraron dentro del planeamiento aceptado por el inductor, debe comunicársele la circunstancia de alevosía<sup>71</sup>.

## VII. Error sobre la circunstancia de alevosía.

El error sobre los elementos objetivos de la alevosía y sobre su aptitud, ya sea vencible o invencible, determinará la no aplicación de la circunstancia y la entrada en aplicación del tipo básico. Por el contrario, el error *in personam* resultará irrelevante<sup>72</sup>. En los casos de error inverso o error al revés sobre la alevosía, la misma no se aplicará.

## VIII. Compatibilidad de la circunstancia de alevosía.

Por lo que toca a la compatibilidad de la alevosía con las restantes circunstancias generales, puede afirmarse, de entrada, que ninguna objeción debe existir en relación con la compatibilidad de dicha circunstancia y las diversas circunstancias atenuantes que se fundan en la existencia de una imputabilidad disminuida, o una perturbación anímica, tales como arrebató, obcecación, móvil pasional, embriaguez, drogadicción, eximente incompleta o atenuante analógica en relación con la enajenación o el trastorno mental transitorio, etc., ya que quien tiene capacidad para conocer y querer la realización de un hecho, aunque tal capacidad esté alterada, generalmente también la tendrá para conocer -y querer- que con la forma concreta en que actuó eliminó -o quiso eliminar- las posibilidades de defensa del ofendido<sup>73</sup>.

a) *La circunstancia agravante de alevosía es compatible con la circunstancia existente incompleta del art. 21.1ª, en relación con el art. 20.1ª del Código penal, de*

<sup>71</sup> Así fue apreciado, entre otras, en las SSTs de 4 de octubre de 1960 y 25 de enero de 1993.

<sup>72</sup> Vid. ALTES MARTI, M.A.: *La alevosía* ..., p. 155; CAMARGO HERNANDEZ, C.: *La alevosía*, p. 51; MARTIN GONZALEZ, F.: *La alevosía* ..., p. 74; SEGRELLES DE ARENAZA, I.: "Art. 22.1" en *Comentarios al Código Penal, Tomo II*, Dtor. Cobo del Rosal, Ed. Edersa, Madrid, 1999, p. 906 ss.

<sup>73</sup> Vid. STS de 17 de febrero de 1996 y 19 de abril de 1997.

*enajenación mental y trastorno mental transitorio y con la atenuante analógica a la eximente incompleta.*

Desde el momento en que la alevosía es un *plus* de antijuridicidad y se refiere a la ejecución del hecho y no a su preparación, y las circunstancias atenuantes a que nos referimos en este punto representan un *minus* de culpabilidad, la compatibilidad entre ambas no puede ser puesta en entredicho<sup>74</sup>.

En este sentido se han venido pronunciando, entre otras, las SSTS de 15 de febrero, 21 de marzo de 1988, 24 de febrero de 1989, 3 de junio de 1991 y las más recientes de 3 de junio de 2002<sup>75</sup> y 10 de febrero de 2003, afirmando todas, en la misma línea, la compatibilidad de la alevosía con la enajenación mental incompleta<sup>76</sup>, aunque exigiendo en el agente el suficiente grado de consciencia y lucidez para captar el alcance del medio o instrumento empleado y de la forma de la agresión<sup>77</sup>. La anomalía o alteración psíquica del sujeto que determine una especial afectación –más o menos intensa- a la posibilidad de comprender la ilicitud del hecho o la imposibilidad –completa o incompleta- de actuar conforme a esa comprensión, dará lugar a la correspondiente eximente –completa o incompleta, según los casos-, pero puede suceder que tal anomalía o alteración psíquica del sujeto no le impida el conocimiento y la comprensión de la utilización en la ejecución de medios, modos o formas que tiendan directamente a asegurarla sin el riesgo que, para su persona, pudiera derivar de la defensa del ofendido.

En la STS de 16 de octubre de 1985, y tras señalarse la clara la diferencia existente entre la alevosía y la eximente incompleta de trastorno mental transitorio, de suerte que mientras que la primera se centra en el *modus operandi*, en la materialidad del modo de proceder o de actuar, y la segunda en el estado psíquico del sujeto y en el concreto deterioro de sus facultades intelectivas y volitivas, concluye que en tanto no se hallen éstas anuladas, ambas circunstancias son compatibles al descansar la primera en el obrar y la segunda en el querer, siempre que se compruebe la permanencia en el sujeto del suficiente grado de conciencia y lucidez para aperebirse del

<sup>74</sup> Vid. en este sentido las SSTS de 27 de septiembre de 1983, 20 de mayo de 1984, 16 de octubre de 1985, 13 de junio de 1986, 14 de octubre de 1987 y 17 de noviembre de 1988. Para DÍAZ ROCA, R.: *Derecho Penal General. Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 211, esta circunstancia es compatible con el arrebató u obcecación y con el trastorno mental transitorio habida cuenta de que la alevosía va referida a la ejecución del hecho y no a su preparación.

<sup>75</sup> Esta sentencia trató de un caso en el que se apreció la concurrencia de la alevosía con la circunstancia eximente incompleta de drogadicción.

<sup>76</sup> Respecto a la compatibilidad de la circunstancia agravante de alevosía y la eximente incompleta de enajenación mental, Vid. PRATS CANUT, J.M.: en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Dtor. G. Quintero Olivares, Coord. J.M. Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 226-227.

<sup>77</sup> La jurisprudencia ha venido manteniendo la compatibilidad de la alevosía con cualquier estado de perturbación anímica siempre y cuando el agente mantenga el suficiente grado de conciencia y lucidez como para captar el alcance del medio empleado en la agresión, el alcance de la forma de la agresión y el alcance de la búsqueda o del aprovechamiento que respecto de esos medios y esas formas hace uso, y ello por cuanto la perturbación psíquica no impide de ordinario la elección de medios o el aprovechamiento de la ocasión si el sujeto mantiene íntegras su voluntad y su inteligencia pese a que aparezcan más o menos disminuidas en el caso concreto. Cfr. SSTS de 13 de octubre de 1994, 1 de julio de 1994 y 24 de noviembre de 1995 entre otras muchas. En la STS de 23 de marzo de 1998 se estimó compatible la agravante de alevosía, con la atenuante analógica a la incompleta de enajenación mental.

modo y forma de la agresión personal realizada y el medio instrumentalizado al efecto<sup>78</sup>.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de fecha 26 de mayo de 2000, modificando su opinión anterior, ha sentado en relación con la compatibilidad de la agravante de alevosía con la eximente completa de enajenación mental que "En los supuestos de aplicación de la medida de internamiento prevenido para los inimputables en el art.101.1 del CP el límite temporal de la medida viene establecido por la tipificación del hecho como si el sujeto fuese responsable, por lo que en los supuestos de alevosía el hecho ha de calificarse como de asesinato".

Respecto a la compatibilidad de la alevosía con la mera atenuante de alteración psíquica si tal compatibilidad se predica, como vemos, después del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 26 May. 2000, con respecto a la eximente completa de enajenación mental, con mayor razón en los supuestos de semi-eximente, lo que ya ha sido objeto de multitud de pronunciamientos jurisprudenciales, y con mayor sentido aún en el caso de concurrencia de una simple atenuante. La jurisprudencia (SSTS de 15 de febrero, 21 de marzo y 17 de noviembre de 1988, 24 de febrero de 1989, 1 de julio de 1994 y 8 de marzo de 1996) ha estimado compatible la agravante de alevosía con la eximente incompleta de enajenación mental, siempre que la disminución psíquica determinante de la semi-eximente, no impida el dolo específico de la alevosía, conocimiento y voluntad de asegurar el resultado homicida y de excluir el riesgo derivado de la defensa de la víctima<sup>79</sup>.

b) *La circunstancia agravante de alevosía es incompatible con la eximente incompleta de legítima defensa.*

La doctrina y la jurisprudencia es prácticamente unánime en considerar la legítima defensa incompleta y la circunstancia agravante de alevosía como incompatibles conceptualmente, dado que no cabe simultanear conciliadamente sus respectivos elementos subjetivos<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> En el mismo sentido las SSTS de 3 de abril de 1972, 13 de abril de 1978, 5 de julio de 1979, 27 de septiembre de 1983 y 28 de mayo de 1984. Vid. MORA ALARCÓN, J.A.: *Suma de Derecho Penal. Parte General y Especial*, Ed. Edisofer, S.L., Madrid, 1996. p. 132.

<sup>79</sup> Cfr. STS de 9 de octubre de 2000. CARBONELL MATEU-GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 1999, p. 69-70 resulta sumamente discutible la compatibilidad entre la alevosía –que exige frialdad de ánimo– y la enajenación incompleta. Favorables a tal compatibilidad son ALTES MARTI, M.A.: *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del nº 1 del art. 10 del Código penal)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982, p. 292 a 295; CAMARGO HERNANDEZ, C.: *La alevosía*, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, p. 96; CORDOBA RODA, J.: en CORDOBA RODA-RODRIGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal, tomo I*, Ed. Ariel, Barcelona, 1972, p. 555.

<sup>80</sup> Vid. ALTES MARTI, M.A.: *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del nº 1 del art. 10 del Código penal)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982, p. 286 a 289; CAMARGO HERNANDEZ, C.: *La alevosía*, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, p. 95 ss.; CORDOBA RODA, J.: en CORDOBA RODA-RODRIGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal, tomo I*, Ed. Ariel, Barcelona, 1972, p. 555; Vid. MARTIN GONZALEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, p. 229. Sin embargo, la alevosía puede ser compatible con la eximente incompleta de legítima defensa, en determinadas ocasiones, para PRATS CANUT, J.M.: en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Dtor. G. Quintero Olivares, Coord. J.M. Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 227.

c) *La circunstancia agravante de alevosía es compatible con la circunstancia atenuante de grave adicción del art. 21.2ª del Código penal.*

La alevosía supone una mayor gravedad de lo injusto en tanto que la circunstancia de grave adicción implica una imputabilidad disminuida, de lo que se deduce su clara compatibilidad.

Siguiendo el razonamiento contenido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2000 en relación con la compatibilidad entre la agravante de alevosía y la circunstancia atenuante de grave adicción del art. 21.2ª, es lo cierto que desde el momento en que se llega a aceptar la compatibilidad de tal agravante con la misma eximente completa o incompleta de enajenación mental, no puede existir óbice a admitir su compatibilidad con la atenuante de grave adicción del art. 21.2ª. En la STS de 31 de diciembre de 2002 la Sala sentó que una persona que solo tiene disminuidas ligeramente sus facultades intelectivas puede tener sobradas las capacidades de reflexión y deliberación necesarias para escoger la forma de realizar más fácilmente sus designios homicidas por lo que no cabe en estos casos la admisibilidad de la tesis de la inexistencia del elemento subjetivo e intencional, producto de una previa reflexión, que configura el elemento agravatorio de la alevosía como integrante de la modalidad de asesinato, añadiendo que la jurisprudencia ha venido sosteniendo de forma reiterada que la concurrencia del elemento subjetivo de la alevosía es compatible con la apreciación de una atenuante analógica de drogadicción<sup>81</sup>.

d) *La circunstancia agravante de alevosía es compatible con la circunstancia atenuante de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante del art. 21.3ª del Código penal.*

Mientras que la alevosía implica una mayor gravedad de lo injusto, la atenuante a que nos referimos en este punto supone una menor culpabilidad, de lo que debe derivar una perfecta compatibilidad entre ambas.

La doctrina y la jurisprudencia son coincidentes desde antiguo en admitir la compatibilidad de la alevosía con la atenuante de estado pasional y con cualesquiera otras que afecten a la imputabilidad, siempre que el agente conserve la lucidez suficiente para captar el alcance del modo de agresión utilizado y la ventaja que para su propósito

<sup>81</sup> En la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1999 se apreció la compatibilidad de la circunstancia agravante de alevosía con la atenuante analógica de drogadicción; del mismo modo en la STS de 28 de diciembre de 2000 se consideró compatible la alevosía con las circunstancias atenuantes ordinarias analógica de alteración psíquica y atenuante ordinaria de drogadicción; en la de 22 de junio de 2001 se casó la sentencia recurrida que había estimado concurrente un delito de asesinato, cualificado por alevosía, con una circunstancia atenuante de drogadicción del art. 21.2ª del Código Penal, estableciendo el Tribunal de Casación que la circunstancia atenuante de drogadicción apreciada por el Tribunal de instancia debía ser apreciada como muy cualificada; en la STS de 17 de abril de 2002 se consideró compatible la alevosía con la concurrencia de la eximente incompleta del art. 21.1ª en relación al 20.1ª de alteración psíquica, y de la atenuante del art. 21.2ª de grave adicción. En las antiguas SSTs de 30 de junio y 12 de julio de 1897 y 23 de noviembre de 1899 se consideró ya compatible con la embriaguez. Favorable a la compatibilidad con la embriaguez Vid. ALTES MARTI, M. A.: *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del nº 1 del art. 10 del Código penal)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982, p. 2295 a 297. Respecto a la compatibilidad entre la alevosía y la atenuante de embriaguez, Vid. PRATS CANUT, J.M.: en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Dtor. G. Quintero Olivares, Coord. J.M. Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 227-228 quien califica el tema como de *vexata quaestio*.

supone la indefensión del sujeto pasivo<sup>82</sup>. En realidad tal compatibilidad debe admitirse desde el momento en que la situación anímica que constituye la base del arrebató, obcecación o estado pasional contemplado por la circunstancia 3ª del art. 21 del Código penal no supone que el agente haya dejado de tener pleno conocimiento para la elección de los medios ejecutivos empleados en la comisión del delito; la alevosía no supone frialdad de ánimo para la elección de los medios adecuados, sino simplemente maldad en la intención. Mientras que la alevosía va referida a la forma de ejecutarse el delito y ventajas de ella en favor del agente, la circunstancia de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad va referida a los elementos impulsores de la comisión del acto punible. El proyecto de asegurar un acometimiento y ponerse a cubierto del peligro de una posible reacción defensiva, puede ser perfectamente concebido, elaborado y realizado bajo el influjo permanente o pasajero de la alteración anímica, centrada fundamentalmente en la afectividad, que caracteriza tanto a los estados pasionales como a los episodios emocionales<sup>83</sup>. La jurisprudencia se pronuncia favorablemente en relación con tal compatibilidad, pues el infractor, dentro de la limitación de su intelecto o de su volición, propia de las situaciones del arrebató o de la obcecación –y también de los casos de enajenación mental incompleta o trastorno mental transitorio, también incompleto- conserva el suficiente raciocinio -mermado pero no abolido- para poder apereibirse de que su modo de proceder suprime toda posibilidad defensiva procedente del ofendido, restándole, igualmente, la suficiente determinación autónoma del yo como para poder adoptar libremente la decisión de actuar de ese modo alevé<sup>84</sup>.

e) *La circunstancia agravante de alevosía es compatible con la circunstancia atenuante de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial*

<sup>82</sup> En este sentido, como señalan las SSTs de 8 de marzo de 1996 y 8 de noviembre de 1996, la agravante de alevosía es compatible con la embriaguez, con el arrebató o la obcecación, así como con la enajenación mental y el trastorno mental transitorio; en el mismo sentido las SSTs de 17 de septiembre de 1983, 28 de mayo y 27 de noviembre de 1984, 13 de junio de 1986, 24 de enero de 1992, 1 de julio de 1994, 21 de febrero y 22 de marzo de 1995, 11 de marzo, 7 de mayo y 17 de diciembre de 1996 o 30 de abril y 29 de diciembre de 1997, entre otras. En la STS de 16 de octubre de 1985 se dispuso que: “La alevosía es compatible con los estados emotivos o pasionales y con la circunstancia de arrebató (TS SS 23 Dic. 1966, 7 Oct. 1969 y 5 Mar. 1977)”. Respecto a la compatibilidad con las circunstancias de arrebató y obcecación Vid. las antiguas SSTs de 20 de marzo de 1896 y 22 de diciembre de 1902.

<sup>83</sup> Vid. STS de 5 de abril de 1988. En la STS de 11 de marzo de 1996 y con remisión a la STS de 20 de septiembre de 1988 se mantuvo que era correcto excluir la aplicación de la alevosía cuando la alteración producida por el conflicto emocional sea especialmente profunda y se dé sobre una base personal afectada de una manera muy relevante. Asimismo, en las SSTs de 10 de marzo de 1942, 8 de julio de 1957, 28 de abril de 1958 y la más reciente de 1 de junio de 1983 se contempló que en aquellos casos en los que la alevosía no se muestra en toda su pureza sino que concurre con un estado de índole pasional o se entronca con una finalidad distinta a la de un simple aseguramiento, son precisas ciertas matizaciones respecto a su consideración en la generalidad de los casos, ya que ese estado emotivo puede provocar la exclusión de la actividad de aprovechamiento que la alevosía entraña, sin que el conocimiento de la situación propiciatoria sea de entidad suficiente para que pueda darse por concurrente la circunstancia agravante de alevosía.

<sup>84</sup> Vid. STS de 19 de enero de 1991. Favorables también a admitir tal compatibilidad son ALTES MARTI, M.A.: *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del nº 1 del art. 10 del Código penal)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982, p. 301 a 303; CAMARGO HERNANDEZ, C.: *La alevosía*, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, p. 97; CORDOBA RODA, J.: en CORDOBA RODA-RODRIGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal, tomo I*, Ed. Ariel, Barcelona, 1972, p. 513.

*se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades del art. 21.4ª y con la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral del art. 21.5ª.*

La razón de la compatibilidad se evidencia por el diferente momento del hecho a que refieren su operatividad la alevosía y las atenuantes del art. 21.4ª y 5ª. Mientras que la alevosía pertenece al comportamiento delictivo, las atenuantes de confesión de la infracción y reparación del daño pertenecen al comportamiento post-delictivo<sup>85</sup>.

*f) La circunstancia agravante de alevosía es incompatible, de ordinario, con la circunstancia agravante de disfraz, abuso de superioridad o aprovechamiento de las circunstancias del lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente del art. 22.2ª del Código penal.*

Tanto la alevosía, como la agravante de disfraz<sup>86</sup>, el abuso de superioridad y el aprovechamiento de las circunstancias del lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente son circunstancias que implican una mayor gravedad de lo injusto que, por sus peculiares y próximas características no resultan compatibles habitualmente.

Si la alevosía comporta la eliminación o supresión a través de métodos o procedimientos clandestinos o insidiosos de toda posibilidad defensiva procedente del ofendido, el abuso de superioridad -circunstancia muy emparentada con ella y que ha sido calificada por un sector de la doctrina como alevosía menor o de segundo grado<sup>87</sup>- debilita o aminora dicha defensa sin abolirla o imposibilitarla y no exige que el obrar haya sido insidioso o clandestino, a diferencia de la primera<sup>88</sup>. En los casos de abuso de

<sup>85</sup> La apreciación de las circunstancias atenuantes político-criminales de confesión de la infracción o reparación del daño con ocasión de condenas en las que se aprecia la concurrencia de la circunstancia agravante de alevosía viene siendo acogida por la jurisprudencia de forma continua sin que hasta ahora se haya cuestionado tal compatibilidad; ejemplos de ello lo son las SSTS de 27 de febrero de 2001, 4 de junio de 2001, 25 de enero de 2002, entre otras muchas.

<sup>86</sup> Para MUÑOZ CONDE-GARCIA ARAN: *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., op. cit., p. 558, la agravante de disfraz presenta un fondo alevoso, con lo que no cabría, en buena lógica, la apreciación simultánea de disfraz y alevosía; en el mismo sentido, en su *Derecho Penal. Parte Especial*. 12ª ed., op. cit., p. 53, la alevosía absorbe la circunstancia agravante de disfraz.

<sup>87</sup> Vid. MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: *Derecho Penal. Parte General*, Dtor. ZUGALDIA ESPINAR, J.M. (VVAA), op. cit., p. 911-912. En efecto, la alevosía supone la eliminación de toda posibilidad defensiva procedente del ofendido, mientras que en el abuso de superioridad esa posibilidad de defensa sólo se aminora o debilita, viniendo a constituir una alevosía menor. Cfr. SSTS de 18 de marzo de 1994, 30 de noviembre de 1994 y 9 de julio de 1997.

<sup>88</sup> ALONSO ALAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito*, op.cit., p. 476. La circunstancia agravante de abuso de superioridad requiere para su aplicación con arreglo a constante doctrina jurisprudencial del TS (SSTS de 2 de febrero de 1988, 29 de octubre de 1989, 25 de diciembre de 1991, 728/1994, de 5 de abril; 2111/1994, de 30 de noviembre; 730/1995, de 5 de junio, 354/1996, de 27 de abril, 12 de marzo de 1998 y 4 de marzo de 2002, entre otras muchas), la concurrencia de estos requisitos: 1) Que haya situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial) bien al hecho de que concorra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal); 2) Esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así su frontera superior. Por eso la jurisprudencia mencionada viene considerando esta agravante como una "alevosía menor" o de "segundo grado"; 3) A tales dos



superioridad concurre una situación de desproporción entre atacante o atacantes y víctima, mientras que en los supuestos de alevosía ésta se encuentra en una verdadera situación de indefensión. En suma, la incompatibilidad entre la alevosía y el abuso de superioridad, dimana de que ambas agravantes tienen en común, de ordinario, el mismo sustrato fáctico, defendiéndose la distinción entre una y otra, por la generalidad de la doctrina, en base a criterios de índole cuantitativa y no cualitativa<sup>89</sup>. Como señala la STS de 17 de noviembre de 1998, en el art. 22.2ª se recogen una serie de circunstancias agravantes que tienen en común la finalidad de debilitar la defensa del ofendido, o facilitar la impunidad del delincuente, viniendo a reforzar la alevosía si ésta concurre, facilitando el delito, por lo que hay que entenderlas subsumidas en la misma alevosía resultando incompatible su apreciación simultánea. En la indicada sentencia se señala que si bien la elección por los acusados de un lugar solitario, en horas además de oscuridad, fue realizada de propósito, ello no obstante no puede dar lugar a la apreciación de una circunstancia con entidad distinta y separada de la más amplia agravante de alevosía que ya se apreció en el caso<sup>90</sup>.

En la STS de 7 de febrero de 1997, entre otras muchas, se viene estableciendo que la diferencia sustancial entre el abuso de superioridad y la alevosía se encuentra en que,

elementos hemos de añadir otro consistente en que haya abuso de esa superioridad, eso es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito; y 4) Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque, por las circunstancias concretas, el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

<sup>89</sup> Vid. STS de 18 de enero de 1922. Sin embargo, la antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo consideraba perfectamente compatibles a ambas circunstancias. Vid. SSTs de 7 de septiembre de 1887, de 12 de marzo de 1915 y de 21 de marzo de 1969. Vid. CERZO MIR, J.: *Curso...*, II, op. cit., p. 382-383, nota (49). Vid. MORA ALARCÓN, J.A.: *Suma de Derecho Penal. Parte General y Especial*, Ed. Edisofer, S.L., Madrid, 1996, p. 131-132. Para PRATS CANUT, J.M.: en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Dtor. G. Quintero Olivares, Coord. J.M. Valle Muñoz, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 224 la diferencia entre la alevosía y el abuso de superioridad es tan sólo de carácter cuantitativo y no cualitativo. Para nosotros, y pese a reconocer la íntima relación entre el abuso de superioridad y la alevosía, entre ambas circunstancias no sólo concurren diferencias cuantitativas, sino también de índole cualitativo.

<sup>90</sup> Para CERZO MIR, J.: *Curso...*, II, op. cit., p. 382, cabe compatibilizar una doble agravación por abuso de superioridad y alevosía cuando el sujeto abuse de su superioridad con el fin de asegurar la ejecución y evitar los riesgos procedentes de la posible defensa de la víctima, "pues la alevosía no implica necesariamente el abuso de superioridad". CERZO MIR, aún reconociendo que la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria afirman la incompatibilidad radical del abuso de superioridad y la alevosía, considera que ha de ser el análisis de la igualdad, inferioridad o superioridad de fuerzas entre los intervinientes lo que debe determinar la apreciación o no de la circunstancia de abuso de superioridad y ello independientemente de que en la ejecución del delito se hayan empleado medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurarla y a impedir los riesgos que puedan provenir de la defensa de la víctima. Si cabe apreciar la alevosía cuando entre los sujetos se da una situación de igualdad de fuerzas o incluso en el caso de que el sujeto activo presente una inferioridad de fuerzas respecto al sujeto pasivo, ya que lo determinante para la apreciación de la alevosía no es la comparación de las fuerzas entre los sujetos intervinientes sino la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos previstos en la circunstancia agravante 1ª del art. 22, habrá de concluirse que cuando el sujeto activo del delito, además de emplear en la ejecución de un delito contra las personas medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurar la misma sin riesgo para su persona proveniente de la defensa por parte del ofendido presente una situación de superioridad de fuerzas respecto al sujeto pasivo podrían apreciarse simultáneamente ambas circunstancias. Por otra parte es preciso recordar que la agravante de alevosía es una mera circunstancia agravante de tendencia, con lo que lo determinante es la finalidad del sujeto antes que el resultado obtenido con su conducta; por ello, cabe apreciar la alevosía aún cuando el sujeto activo no haya logrado asegurar de facto la ejecución sin riesgo para su persona, es decir, aún cuando el sujeto no haya logrado alcanzar una posición de superioridad respecto a la víctima.

para que concurra ésta última, no basta debilitar la defensa del ofendido, sino que ha de existir una conducta tendente a su eliminación, pero por muy intensa que sea tal debilitación, si queda alguna posibilidad de defenderse, pese a la singular vileza del hecho -comunes a la alevosía y al abuso de superioridad-, no se dio la alevosía, por lo que el hecho debió sancionarse con la circunstancia agravante 2.<sup>a</sup> del art. 22 del Código Penal de 1995, de abuso de superioridad<sup>91</sup>.

Respecto al disfraz, podría ser admisible la compatibilidad de ambas circunstancias de agravación cuando la utilización del disfraz haya tenido lugar tan sólo con la finalidad de evitar la punición del hecho o su descubrimiento, pero no cuando la utilización del mismo tuvo lugar, en todo o en parte, pero de forma exclusiva, con la finalidad de asegurar la ejecución o evitar la defensa de la víctima, en cuyo caso quedará embebido en la alevosía<sup>92</sup>; o por mejor decir, si el disfraz se utiliza tan sólo como medio de aseguramiento de la ejecución del delito sin riesgo para el agresor que pueda provenir de la defensa de la víctima, el disfraz estará subsumido en la alevosía no siendo posible su apreciación simultánea, pero si el disfraz se utiliza no como tal medio de ejecución y con el propósito citado sino con la única finalidad de no ser descubierto facilitando su impunidad, o bien si además de cómo medio de aseguramiento de la ejecución sin riesgo se utiliza con el *plus* de la finalidad de lograr la impunidad, entonces cabrá su compatibilidad y consiguiente apreciación simultánea, habida cuenta de su diferente fundamento y contenido<sup>93</sup>.

Con relación a la circunstancia agravante de ejecutar el hecho aprovechando las circunstancias del lugar, tiempo o auxilio de otras personas, cabe su compatibilidad con la alevosía en los delitos contra las personas, fundamentalmente en aquellos supuestos en los que el lugar, tiempo o auxilio de otras personas son buscados de propósito o aprovechados con la finalidad de facilitar la impunidad del delincuente. Si las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de terceros son buscados o aprovechados exclusivamente para debilitar la defensa del ofendido, resulta difícil encontrar su compatibilidad.

<sup>91</sup> En las SSTs de 18 de marzo de 1994, 7 de febrero de 1997 y de 4 de marzo de 2002 se ha señalado que la aplicación de la agravante de abuso de superioridad incluso cuando no haya sido pedida por las acusaciones que sí solicitaron la apreciación de la alevosía, no viola el principio acusatorio, pues esta última puede ser considerada a estos efectos, como una modalidad agravada de aquélla, un abuso de superioridad que no debilita la defensa del ofendido sino tiende a eliminarla. Para algún autor la incompatibilidad entre la alevosía y el abuso de superioridad dimana de que ambas circunstancias poseen un fundamento idéntico, por lo que la alevosía absorbe al abuso de superioridad. Vid. CARBONELL MATEU-GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 1999, p. 69. La incompatibilidad entre el abuso de superioridad y la alevosía es puesta de manifiesto también por MARTIN GONZALEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, op. cit., p. 210-211, 246, destacando que “toda alevosía implica un abuso de superioridad”, reservando el sentido del abuso de superioridad para el ámbito no abarcado por la alevosía, acabando por justificar la subsistencia del abuso de superioridad por razones utilitarias, en la medida en que su subsistencia “siempre permitirá a los Tribunales, en aplicación de la Justicia al caso concreto de la vida real, valorar aspectos concurrentes para excluir la penalidad del asesinato en supuestos en que, no obstante aparecer ciertos elementos propios de la alevosía, se juzgue procedente una pena menor sin llegar a la del simple homicidio no agravado”.

<sup>92</sup> Vid. ALTES MARTI, M.A.: *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del nº 1 del art. 10 del Código penal)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982, p. 219.

<sup>93</sup> Vid. PRATS CANUT, J.M.: en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Dtor. G. Quintero Olivares, Coord. J.M. Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 229; MARTIN GONZALEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, op. cit., p. 202-203.

g) *La circunstancia agravante de alevosía es compatible con la también agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable del art. 22.7ª.*

Las circunstancias agravantes de alevosía y de prevalerse del carácter público que tenga el culpable son compatibles en la medida en que el prevalimiento hace acto de presencia en un momento inmediatamente anterior a la ejecución propiamente dicha, momento –el de la ejecución– en el que, por el contrario, hace acto de presencia el actuar alevoso<sup>94</sup>.

Ahora bien, si el sujeto realiza en ejercicio de su condición pública y escudándose en el cargo que ocupa un determinado hecho delictivo para impedir la reacción de la víctima, ataque que no habría desarrollado de no ostentar tal condición o cargo, no cabrá la apreciación simultánea de ambas circunstancias al subsumirse la circunstancia de prevalimiento del carácter público en la alevosía, por responder a un sustrato fáctico común.

La alevosía absorbe al prevalimiento del carácter público cuando el prevalimiento se utiliza precisamente para asegurar la ejecución sin riesgo que provenga de la defensa de la víctima, mientras que si sólo facilita la ejecución, pero no elimina el riesgo proveniente de la defensa de la víctima, cabrá la concurrencia simultánea, y por tanto la compatibilidad, entre ambas causas de agravación.

h) *La circunstancia agravante de alevosía es compatible con las también agravantes de precio, recompensa o promesa del art. 22.3ª del Código penal; con las agravantes de cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual o la enfermedad o minusvalía que padezca del art. 22.4ª; con la agravante de aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito del art. 22.5ª y con la agravante de reincidencia del art. 22.8ª.*

Las agravantes de precio, recompensa o promesa, cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, sexo u orientación sexual o enfermedad o minusvalía que padezca, aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito y reincidencia son circunstancias que implican un aumento de la reprochabilidad al sujeto, lo que en absoluto resulta incompatible con la alevosía que tan sólo se refiere a una mayor gravedad de lo injusto.

La compatibilidad de la alevosía con el precio recompensa o promesa y con el ensañamiento se deduce de lo expresamente contenido en los arts. 139 y 140 del Código penal al tipificarse el delito de asesinato. En efecto, el art. 139 conforma la figura de asesinato con la concurrencia de las circunstancias de alevosía, precio, recompensa o promesa o ensañamiento, bastando cualquiera de las tres circunstancias para que matar a otro pase de ser homicidio a tratarse de un asesinato, pues bien, cuando el art. 140

<sup>94</sup> Vid. ALTES MARTI, M.A.: *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del nº 1 del art. 10 del Código penal)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982, p. 244 a 247.

establece que la concurrencia de más de una de dichas circunstancias determinará la aplicación de la pena de prisión de veinte a veinticinco años de prisión está admitiendo expresamente la compatibilidad de las referidas circunstancias, por tanto la alevosía, el precio recompensa o promesa y el ensañamiento son compatibles por expresa disposición legal<sup>95</sup>. Por otra parte, ningún problema dogmático puede aparecer por la apreciación conjunta de la alevosía y la realización del delito por precio, recompensa o promesa en el caso del ejecutor material<sup>96</sup>, y respecto al mandante, parece que, en la medida en que no *ejecuta el hecho*, y la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa es una circunstancia relativa a la disposición moral del delincuente que supone una mayor gravedad de la culpabilidad por el ánimo de lucro que pone de manifiesto en la ejecución del delito, y por tanto presenta un carácter personal e incommunicable, no cabrá su apreciación al mandante o inductor, sino tan sólo al ejecutor, por lo que en la persona del mandante no se darán situaciones de incompatibilidad, sencillamente al no poder apreciarse la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa<sup>97</sup>.

La alevosía y el ensañamiento responden a diferentes motivaciones anímicas. Así, si

<sup>95</sup> Sobre la falta de sentido actual en cuanto a la discusión sobre la compatibilidad entre las circunstancias agravantes de precio, recompensa o promesa, ensañamiento y alevosía por estar reconocida su compatibilidad *ex lege*, Vid. PRATS CANUT, J.M.: en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Dtor. G. Quintero Olivares, Coord. J.M. Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 228-229.

<sup>96</sup> Para MARTIN GONZALEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, op. cit., p. 187, si el ejecutor-receptor emplea medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurar la ejecución sin riesgo para su persona que pueda provenir de la defensa de la víctima, cabrá la compatibilidad entre la alevosía y el precio, recompensa o promesa.

<sup>97</sup> Vid. ALTES MARTI, M.A.: *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del nº 1 del art. 10 del Código penal)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982, p. 168 a 178 poniendo de manifiesto extensamente la tesis contraria—mayoritaria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo— que admite la apreciación de la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa en el mandante y por tanto la posibilidad de compatibilidad de la alevosía y el precio en la persona del mandante en determinadas circunstancias. El que da o promete es por tal hecho un inductor, y por ello, ya no sólo cuando propone sino también cuando objetivamente conoce y tiene voluntad de que el inducido actúe alevosamente ha de responder también por la alevosía. Obviamente, si el inductor desconoce y no tiene voluntad de que el inducido actúe alevosamente, no podrá comunicarse la circunstancia de alevosía. Ahora bien, el reconocer al que da o promete su doble condición de inductor y la agravación por la circunstancia de precio recompensa o promesa puede violar el principio de non bis in idem ya que el hecho del ofrecimiento del precio, recompensa o promesa puede haber sido precisamente el instrumento mediante el cual el inductor mete el dolo en la cabeza del inducido, con lo que se estaría considerando dos veces al unísono tal hecho, por una parte para considerar al que da o promete como participe en el delito, y al mismo tiempo para agravar su responsabilidad. Para algún sector de la doctrina, no obstante, en determinados supuestos cabe apreciar simultáneamente en el que da o promete la condición de inductor y la agravante de precio, recompensa o promesa. Vid. MARTIN GONZALEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, op. cit., p. 187-188. En las recientes SSTs de 31 de octubre de 2002 y de 10 de abril de 2003 se sentó que a la hora de proceder a la estimación en el inductor de la agravante de ejecutar el hecho mediante precio, prevista en el art. 22.3 del Código penal de 1995, debe tenerse presente que el precio no es desde luego inherente a la autoría por inducción, pues el influjo psíquico en que ésta se resuelve puede basarse en otras circunstancias o elementos -- el ascendente moral que se tenga sobre el autor material, por ejemplo --, sirviendo en estos casos la promesa de una recompensa de refuerzo de lo anterior. Ahora bien, por el contrario, cuando lo que ha movido a los autores materiales es exclusivamente el pago de un precio por la ejecución del hecho, y el influjo psíquico se obtiene exclusivamente mediante dicho acicate económico, es cierto que dicho ingrediente fáctico es valorado doblemente, pues si prescindimos del mismo la inducción no habría pasado de ser una mera proposición para cometer el hecho punible, aunque evidentemente absorbida por la ejecución que se lleva a cabo, precisamente porque el inductor ha satisfecho un precio a los ejecutores. Es por ello por lo que cabe afirmar que en tales casos, la estimación en el inductor de la agravante de ejecutar el hecho mediante precio, vulnera el principio «non bis in idem», pues un mismo ingrediente fáctico se habría tenido en cuenta doblemente para la calificación, primero para la inducción y después para agravar la conducta del sujeto mediante la aplicación de la agravante ordinaria de precio.

la alevosía va dirigida al aseguramiento del delito sin riesgo para el sujeto activo, lo que implica una mayor gravedad de lo injusto, el ensañamiento pone de manifiesto, en especial, una mayor reprochabilidad al generar males innecesarios para la víctima; por otra parte, habitualmente el ataque alevoso precede al actuar constitutivo del ensañamiento, con lo que puede afirmarse que ambas circunstancias responden a etapas distintas dentro del *iter criminis*<sup>98</sup>.

i) *La circunstancia agravante de alevosía puede ser compatible o incompatible, según los casos, con la circunstancia agravante de abuso de confianza del art. 22.6ª.*

La alevosía implica el empleo de medios, modos o formas que tiendan a asegurar el delito, mientras que el abuso de confianza implica que tal confianza ha de ser aprovechada para la más fácil comisión del delito, de suerte que el abuso de confianza puede estimarse comprendido, en determinados casos, en el más amplio concepto de la alevosía, lo que determinará en ocasiones la incompatibilidad de la aplicación conjunta de una y otra agravante, como por otra parte el Tribunal Supremo viene reconociendo de forma reiterada<sup>99</sup>. Aunque la alevosía tiende a asegurar el delito y el abuso de confianza a facilitar su comisión, existe entre ambas una íntima conexión, de suerte que si el sujeto actúa alevosamente al amparo de la confianza que la víctima depositó en el mismo, el abuso de confianza podría entenderse subsumido en la alevosía al no resultar posible la doble agravación por un mismo sustrato fáctico, pero es que si el sujeto que obra alevosamente no se ampara abusando de la confianza depositada en el mismo tal circunstancia de agravación tampoco podrá venir en aplicación por faltar sus presupuestos fácticos legitimadores. Ahora bien, cabe que el sujeto se valga de la confianza depositada en el mismo por la víctima para la más fácil comisión del delito y en el mismo actúe de forma aleve, empleando medios, modos o formas de ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurar el delito sin peligro que pueda provenir de la defensa de la víctima. Por consiguiente no puede descartarse la posibilidad de que en determinados casos puedan compatibilizarse las circunstancias agravantes de alevosía y abuso de superioridad<sup>100</sup>.

Cuando la confianza aún no habiendo sido buscada de propósito es aprovechada de forma consciente y deliberada para la comisión más fácil del delito, facilitando merced a la especial relación entre agresor y víctima tal comisión, infringiéndose así los especiales deberes de lealtad entre ambos, de suerte que el agresor al margen de esa situación emplea medios alevosos, es lo cierto que la confianza existente será aprovechada para facilitar la ejecución, mientras que el comportamiento alevoso tenderá a

<sup>98</sup> Vid. PUIG PEÑA, F.: "Alevosía" en *Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo II, op. cit., p. 564.

<sup>99</sup> Vid. SSTs de 6 de abril de 1984, 29 de septiembre de 1986 y 11 de junio de 1991. Para MUÑOZ CONDE-GARCIA ARAN: *Derecho Penal. Parte Especial*, 12ª ed., op. cit., p. 53 la alevosía absorbe a la agravante de abuso de confianza, de suerte que si bien puede concurrir, obviamente, el abuso de confianza sin alevosía, no puede concurrir el abuso de confianza y la alevosía, ya que en tal caso vendrá en aplicación tan sólo la última.

<sup>100</sup> En este sentido se han venido pronunciando las SSTs de 17 de enero de 1983, 16 de febrero de 1992, 14 de noviembre de 1994, 12 de agosto de 1991, 7 de julio de 1992, 13 de agosto de 1994, 21 de mayo de 1998, 11 de julio de 1992, 1 de octubre de 1991, 11 de septiembre de 1979 y en la más reciente de 23 de febrero de 1993 casos todos en los que se consideraron ambas circunstancias como compatibles. Vid. ALTES MARTI, M.A.: *La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del nº 1 del art. 10 del Código penal)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982, p. 239 a 244.

asegurar la misma sin riesgo para el agresor proveniente de la víctima, siendo en tales circunstancias perfectamente posible compatibilizar ambas agravantes. Otra cosa sería que la confianza se empleara como medio para la perpetración misma del delito, en cuyo caso quedaría el abuso de confianza absorbido en la alevosía, siendo en tales circunstancias incompatibles ambas circunstancias<sup>101</sup>.

El Tribunal Supremo, en la STS de 31 de marzo de 1990 se inclinó por la incompatibilidad entre la alevosía y el abuso de confianza, aunque otras sentencias ven necesario precisar la modalidad alevosa que se ha tenido en cuenta antes de pronunciarse sobre esa compatibilidad. Con ese criterio, la STS 1443/2000, de 20 de septiembre, señala que en la alevosía proditoria o a traición destaca como elemento esencial el abuso de confianza con el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no teme, dada la relación de confianza existente, una agresión como la efectuada; por su parte, la STS 210/96, de 11 de marzo se declara que «la alevosía requiere esencialmente más el aprovechamiento de la confianza de la víctima, generadora de la situación de indefensión, que una superioridad física y material del autor». En el mismo sentido la STS 343/2000, de 7 de marzo, en la que se afirma que la modalidad de alevosía proditoria «requiere traición y ésta presupone una especial relación de confianza que ha sido defraudada por el autor».

En el caso examinado por la STS de 20 de marzo de 2001 existía una relación afectiva entre el acusado y la víctima, con la que había tenido el hijo cuya muerte violenta igualmente causó, y la convivencia que ambos mantenían es lo que a juicio del Tribunal del Jurado y del TSJ de Galicia había justificado la agravante de abuso de confianza por haberse aprovechado el agresor de los lazos de lealtad y confianza que el agresor tenía con la víctima. Sin embargo, el Tribunal Supremo declaró la incompatibilidad de la agravante de abuso de confianza apreciada en el caso con la alevosía también apreciada, ya que conforme a la doctrina jurisprudencial la apreciación de la agravante de alevosía había surgido por la inexistencia de reacción defensiva al encontrarse la víctima durmiendo, o que al menos había concurrido una agresión súbita e inesperada que había impedido la reacción permitiendo rematar a la víctima; y esa actuación alevosa se había caracterizado por aprovechar la sorpresa para asegurar el resultado y eliminar el riesgo de una eventual defensa de la ofendida. Con esos antecedentes, para el Tribunal Supremo no cabía duda de que en el indicado caso había sido esa especial relación personal y de convivencia que la víctima mantenía con su agresor la que le indujo a quedarse dormida o mantener una actitud de confianza que fue aprovechada por su agresor para causar la muerte sin ofrecerle posibilidad alguna de defensa, de manera que apreciada la agravante de alevosía, en el indicado caso no cabía aplicar, asimismo, la de abuso de confianza en cuanto ésta responde a una mayor facilidad comisiva que está implícita en aquella, y la apreciación de ambas supondría penar dos veces el aprovechamiento por el agresor de la ausencia de reacción defensiva basada en una relación de confianza que inhibe la sospecha frente a una posible agresión.

<sup>101</sup> Vid. MARTIN GONZALEZ, F.: *La alevosía en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988, op. cit., p. 213.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ALAMO, M.: El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general. Tesis doctoral, Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 1981.
- ALONSO ALAMO, M.: “Circunstancias del delito e inseguridad jurídica”, en Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, marzo de 1995.
- ALTES MARTI, M.A.: La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravante del nº 1 del art. 10 del Código penal), Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1982
- ALVAREZ GARCIA, J.: Código penal comentado, (Coord. por J.López Barja de Quiroga y L. Rodríguez Ramos), Ed. Akal, Madrid, 1990
- ANTÓN ONECA, J.: Derecho Penal, 2ª ed., anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Ed. Los Berrocales del Jarama (Madrid) Akal, D.L. 1986
- ARROYO DE LAS HERAS, A.: “Abuso de superioridad”, en Las circunstancias agravantes en el Código penal de 1995, VVAA, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: La individualización de la pena en la reforma penal, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, monográfico, nº 3, 1980.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal, 2ª ed., Ed. Akal, Madrid, 1994
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: Manual de Derecho Penal. Parte Especial (Delitos contra las personas), 2ª ed., 4ª reimp. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I.: Lecciones de Derecho Penal. Parte General, (Berdugo, Arroyo Zapatero y otros), 2ª ed., Ed. Praxis, Barcelona, 1999.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A.: La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva, Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza -Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 1995.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.J.-HORMAZABAL MALARÉE, H.: Lecciones de Derecho Penal, Vol II, Ed. Trotta, Madrid, 1999
- BUSTOS RAMÍREZ, J.: Manual de Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1989.
- CAMARGO HERNANDEZ, C.: La alevosía, Ed. Bosch, Barcelona, 1953
- CARBONELL MATEU, J.C.-GONZALEZ CUSSAC, J.L.: Derecho Penal. Parte Especial, VIVES ANTÓN y otros, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 1999
- CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho Penal Español. Parte General II, Teoría jurídica del delito, Ed. Tecnos, 6ª ed., agosto de 1998, Madrid, reimpresión de 1999.
- CEREZO MIR, J.: Derecho Penal. Parte General. Lecciones, 2ª ed., UNED, Madrid, 2000.
- COBO DEL ROSAL, M.-VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- COBO DEL ROSAL-DEL ROSAL BLASCO (VVAA): Código penal Comentado, Ed. Akal, Madrid, 1990
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: Derecho Penal. Parte General, 2ª ed., Ed. Colex, Madrid, 1990.
- CORDOBA RODA, J.: en CORDOBA RODA -RODRIGUEZ MOURULLO: Comentarios al Código penal, tomo I, Ed. Ariel, Barcelona, 1972
- CHOCLAN MONTALVO, J.A.: La regla 4ª del artículo 66 del Código Penal (una interpretación adecuada al principio de culpabilidad), Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 349, 2 de julio de 1998.
- DEL ROSAL BLASCO, B.: “La alevosía en el Código penal de 1995”, en Delitos contra las personas, Manuales de Formación Continua, 3, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999
- DEL ROSAL-COBO DEL ROSAL-RODRIGUEZ MOURULLO: Derecho Penal Español. Parte Especial, Ed. Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1962

- DIAZ PALOS, F.: "Abuso de superioridad", en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, t. II, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1983
- DIAZ PALOS, F.: Dolo Penal, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, tomo VII, Ed. Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1980.
- DIAZ ROCA, R.: Derecho Penal. Parte General. Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- DIEZ RIPOLLES, J.L.: Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código penal español, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXX, 1977.
- DIEZ RIPOLLES, J.L.: La categoría de la antijuricidad en Derecho Penal, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIV, Fasc. III, 1991.
- DIEZ RIPOLLES, J.L.: Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992, en La Ley, nº 2, 1993.
- ESCALONA MARTINEZ, G.: La Filosofía Jurídica del siglo XX, en Filosofía del Derecho, VVAA, UNED, Madrid, 1989.
- FERRER SAMA, A.: Comentarios al Código penal, I, Tomo I, Murcia, 1946
- GARCIA ARAN, M.: Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español, Edicions de la Universitat de Barcelona, 1982
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1979
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato), en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIII, fasc.II, 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: "El ocasionamiento de muerte que empieza como homicidio y acaba como asesinato", en Estudios de Derecho Penal, Ed. Tecnos, Madrid, 1990,
- GOMEZ RIVERO, C.: "Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal" en Revista Derecho y Proceso Penal, Ed. Aranzadi, Año 2000, número 4, p. 42 ss.
- GONZALEZ CUSSAC, J.L.: Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 1988.
- GONZALEZ RUS, J.J.: en Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial, I, en Dtor. Cobo del Rosal, VVAA, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 76-77
- GRACIA MARTIN, L.: Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993
- GRANADOS PEREZ, C.: Acuerdos del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para unificación de la jurisprudencia, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GUALLART DE VIALA, A.: Parricidio, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo XVIII, Ed. Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1986.
- JESCHECK, H.-H.: Tratado de Derecho Penal. Parte General, Vol. II (trad. y adic. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde), Ed. Bosch, Barcelona, 1981, y 4ª ed. (trad. J.L. Manzanares Samaniego), Ed. Comares, Granada, 1993.
- JIMENEZ ASENJO, E.: "El elemento psicológico de la alevosía" en Anuario de Derecho Penal, 1954
- JIMÉNEZ DE ASUA, L.: Lecciones de Derecho Penal, Obra compilada y editada, Ed. Pedagógica Iberoamericana, Colección clásicos del derecho, México, 1995
- LANDECHO VELASCO, C.M.-MOLINA BLÁZQUEZ, C.: Derecho Penal Español. Parte General, Ed. Tecnos, 5ª ed., Madrid, 1996.

- LOPEZ GARRIDO, D.-GARCIA ARAN, M.: El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario, Ed. Eurojuris, Madrid, 1996.
- LUZÓN CUESTA, J.M.: Compendio de Derecho Penal. Parte General, Ed. Dykinson, 2ª ed., Madrid, 1986
- LUZÓN PEÑA, D.M.: Curso de Derecho Penal. Parte General, I, Ed. Univers itas, SA, Madrid, 1996.
- LLORCA ORTEGA, J.: Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995, 4ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- MAQUEDA ABREU, M.L.: El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al artículo 6 bis a) del Código Penal, en Cuadernos de Política Criminal, nº 21, 1983.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L.-CREMADES, J.: Comentarios al Código penal, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1996
- MARCHENA GOMEZ, M.: Código Penal de 1995, Ed. Comares, Granada, 1997
- MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: Derecho Penal. Parte General, Dtor. ZUGALDIA ESPINAR, J.M.: (VVAA), Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2002
- MARTIN GONZALEZ, F.: La alevosía en el Derecho español, Ed. Comares, Granada, 1988
- MIR PUIG, S.: Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., Barcelona, 1998.
- MORA ALARCÓN, J.A.: Suma de Derecho Penal, Ed. Edisofer, Madrid, 1996.
- MORALES PRATS, F.: Comentarios al Nuevo Código Penal, G. Quintero Olivares (Dtor), J. Valle Muñiz (Coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- MUÑOZ CONDE-GARCIA ARAN: Derecho Penal. Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, 12ª ed., Valencia, 1999
- MUÑOZ CONDE, F.-GARCIA ARAN, M.: Derecho Penal. Parte General, 4ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- MUÑOZ CUESTA, J.: “Alevosía”, en Las circunstancias agravantes en el Código penal de 1995, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997
- ORTS BÈRENGUER, E.: Atenuante de análoga significación (Estudio del art. 9.10º del Código Penal), Ed. Universidad de Valencia, 1978.
- PEREZ ALONSO, E.J.: Teoría General de las circunstancias: especial consideración de las agravantes indeterminadas en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Ed. Edersa, Madrid, 1995.
- POLAINO NAVARRETE, M.: “Artículo 22.2” en Comentarios al Código Penal, Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Tomo II, Ed. Edersa, Madrid, 1999
- PRATS CANUT, J.M.: en Comentarios al Nuevo Código Penal, Dtor. G. Quintero Olivares, Coord. J.M. Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996
- PUIG PEÑA, F.: “Alevosía” en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, tomo II, Ed. Seix Barral, Barcelona, 1983.
- PUIG PEÑA, F.: Circunstancias modificativas, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo IV, Ed. Francisco Seix, S.A. (Dtor) Buenaventura Pellisé Prats, Barcelona, 1981.
- PUIG PEÑA, F.: Derecho Penal. Parte General, 2ª ed., 1988.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. : Comentarios al Código Penal, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946
- QUINTANO RIPOLLES, A.: Tratado de la Parte Especial del Derecho penal, tomo I, Vol. 1, 2ª ed., puesta al día por E. GIMBERNAT ORDEIG, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972
- QUINTERO OLIVARES, G.: Derecho Penal. Parte General, 2ª Reed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992.
- QUINTERO OLIVARES, G.: Curso de Derecho Penal. Parte General, Ed. Cedecs, 1ª ed., Barcelona, 1996

- RIVACOBIA RIVACOBIA, M.: Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito, en Estudios de Derecho Penal y Criminología, T.II, Homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa, Ed. UNED, Madrid, 1989.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: Derecho Penal Español. Parte General, 9ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1985.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: Comentarios al Código Penal, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: Apuntes de Derecho Penal. Parte General II, Universidad Complutense de Madrid, 1978-79.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: Compendio de Derecho Penal (Parte General), Ed. Trivium, Madrid, 1984.
- SALINERO ALONSO, C.: Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal, Ed. Comares, Granada, 2000.
- SEGRELLES DE ARENAZA, I.: “Art. 22.1” en Comentarios al Código Penal, Tomo II, Dtor. Cobo del Rosal, Ed. Edersa, Madrid, 1999.
- SERRANO GOMEZ, A.: Derecho Penal. Parte Especial, 4ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1999
- SUAREZ MIRA-JUDEL PRIETO-PIÑOL RODRÍGUEZ: Manual de Derecho Penal. I. Parte General, 1ª ed, Ed. Civitas, Madrid, 2002
- TOMAS Y VALIENTE, F.: El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta, Ed. Tecnos, Madrid, 1969.
- TORIO LOPEZ, A.: “Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)”, en Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal. Algunos problemas específicos, Semana de derecho penal en memoria del profesor Julián Pereda, S.J., celebrada durante los días 4 al 11 de marzo de 1982, organizada por el Departamento de derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1983
- VIVES ANTÓN, T.S.: Fundamentos del Sistema Penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, con prólogo de J.A. BELLOCH JULBE.
- VIVES ANTÓN, T.S.: Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I (art. 1 a 233), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.